UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting

Verver, S.J.

Publication date
2008

Link to publication

Citation for published version (APA):
Verver, S. J. (2008). *De ondernemingswinstbelasting : een zoektocht naar een rechtsvormneutrale wijze van winstbelasting*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam].

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:15 Nov 2026

9 *Internationale inpasbaarheid van het OWB-stelsel*

9.1 INLEIDING

In het voorgaande is een uitwerking geschetst van een rechtsvormneutraal winstbelastingstelsel in de vorm van het OWB-stelsel. Een van de uitgangspunten van deze schets is de zuiver nationale insteek.[329] Gelet op de toenemende globalisering kunnen de internationale gevolgen van een nationaal fiscaal stelsel evenwel niet genegeerd worden.
Om die reden wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de internationale consequenties van een eventueel eenzijdige invoering door Nederland van het onderhavige OWB-stelsel. Het betreft voornamelijk de vraag of de internationale gevolgen van een dergelijke eenzijdige invoering zodanig negatief zijn, dat dit in de weg staat aan de haalbaarheid van het OWB-stelsel. Een van de randvoorwaarden voor het slagen van het onderhavige OWB-stelsel is dat de Nederlandse concurrentiepositie ten opzichte van het buitenland niet verslechtert. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat de internationale concurrentiepositie van meer elementen afhankelijk is dan van de fiscaliteit alleen.

Dit hoofdstuk is gebaseerd op de volgende uitgangspunten. Ten eerste de assumptie dat Nederland eenzijdig tot invoering van het OWB-stelsel overgaat.
De tweede assumptie betreft de mate waarin invoering van het OWB-stelsel voor de bestaande grensoverschrijdende ondernemingen een verandering betekent. Mijn verwachting is dat de veranderingen voor de particuliere ondernemers en ondernemingen het meest ingrijpend zullen zijn. Oorzaak is de overgang naar een zelfstandige belastingplicht. De gevolgen voor ondernemingen met rechtspersoonlijkheid zullen naar mijn verwachting minder spectaculair zijn. Het OWB-stelsel sluit immers in hoge mate aan bij de huidige fiscale behandeling van VPB-plichtige ondernemingen en hun winstgenieters. Uitzondering geldt voor de fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogen aan rechtspersonen. Gelet op dit tweede uitgangspunt zullen de gevolgen voor de niet-rechtspersoonlijkheid bezittende ondernemingen het meest uitgebreid behandeld worden.
Het derde uitgangspunt betreft de context waarin het OWB-stelsel getoetst zal worden op de internationale consequenties. Deze context wordt naar mijn mening bepaald door het belang van dit internationale hoofdstuk binnen het totale onderzoek. Het onderhavige onderzoek gaat uit van de nationale fiscale behandeling van ondernemingswinsten. Zoals hierboven opgemerkt kan bij een dergelijke behandeling evenwel niet worden volstaan met een uiteenzetting beperkt tot de landsgrenzen. Ook de internationale gevolgen verdienen aandacht. Echter, aangezien het zwaartepunt van het onderhavige onderzoek is gelegen in de nationale sfeer, wordt volstaan met een globale behandeling van de internationale gevolgen. Aan de hand van een aantal 'eenvoudige' situatieschetsen zullen de meest voorkomende elementen van grensoverschrijdend ondernemen onder het OWB-stelsel worden behandeld. Beoogd wordt dat deze globale uiteenzetting een basis vormt voor toetsing van het onderhavige stelsel in specifieke gevallen.
Tot slot nog het volgende. De toetsingscontext met betrekking tot deze globale behandeling bestaat uit het OESO-Modelverdrag (editie 15 juli 2005) en het bijbehorende commentaar. Erkend wordt dat dit verdrag geen juridisch bindende werking heeft[330], uitgezonderd de situatie waarin twee staten dit uitdrukkelijk in hun bilaterale verdrag als verbin-

329 Zie par. 5.1 van hoofdstuk 5 voor de achtergrond van deze nationale benadering.
330 Zie ook onderdeel 29 van de inleiding van het OESO-commentaar.

dend hebben aangemerkt. Voor het doel van de onderhavige toetsing kan naar mijn mening met dit OESO-Modelverdrag evenwel worden volstaan. Temeer nu ondanks deze niet-bindende juridische status in de praktijk, met name in de jurisprudentie, veel waarde aan dit modelverdrag en het bijbehorende commentaar wordt toegekend.[331] Toetsing van de internationale gevolgen van het OWB-stelsel in het licht van de concrete door Nederland afgesloten bilaterale verdragen, is mijns inziens te specifiek en valt buiten de nationale insteek van dit proefschrift.
Naast een bespreking van de gevolgen voor de toepassing van de belastingverdragen zal worden ingegaan op de Europeesrechtelijke gevolgen van het uitgewerkte OWB-stelsel.

9.2 ALGEMENE INTERNATIONALE GEVOLGEN VAN EENZIJDIGE INVOERING VAN HET OWB-STELSEL VOOR ONDERNEMINGEN

9.2.1 Ontstaan van verschillende soorten kwalificatieverschillen

Naar mijn mening kan als een belangrijke algemene consequentie – zo niet de belangrijkste – van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel door Nederland, worden genoemd het ontstaan c.q. de toename van kwalificatieverschillen in het internationale verkeer. Deze kwalificatieverschillen zullen in het bijzonder spelen met betrekking tot de particuliere ondernemingen. Zo verliezen de particuliere ondernemingen, als gevolg van de objectivering van het OWB-subject, hun huidige fiscale transparantie. Het buitenland zal dit evenwel niet volgen met als gevolg dat (nieuwe) 'hybride entiteiten' (*i.e.* een entiteit die fiscaal zelfstandig is in het ene land en fiscaal transparant in het andere land) zullen ontstaan.
Daarnaast kan worden gedacht aan kwalificatieverschillen veroorzaakt door de in het OWB-stelsel opgenomen fiscale mogelijkheid om als particuliere ondernemer een arbeidsovereenkomst aan te gaan met de eigen particuliere onderneming. Ook deze mogelijkheid zal door het buitenland in de meeste gevallen niet worden erkend.
Kwalificatieverschillen zullen eveneens opkomen met betrekking tot het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan een rechtspersoon. Onder omstandigheden wordt dit in het OWB-stelsel immers aangewezen als een fictieve onderneming. Deze fictie zal in het buitenland evenmin worden gevolgd.
Het vorenstaande geeft aan dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel naar verwachting een toename van het aantal kwalificatieverschillen zal veroorzaken en daarmee samenhangend een toename van het aantal fiscaal verschillende behandelingen met betrekking tot grensoverschrijdend ondernemen door particuliere ondernemingen.
De kwalificatieverschillen kunnen als volgt worden ingedeeld. Ten eerste de kwalificatieverschillen met betrekking tot het invullen van de vraag naar verdragsgerechtigheid. Dit speelt in het bijzonder bij de particuliere ondernemingen. Een in Nederland gevestigde particuliere onderneming zal door Nederland, als gevolg van de zelfstandige OWB-heffing bijvoorbeeld als verdragsgerechtigde kunnen worden aangemerkt doch door het buitenland niet.
Ten tweede de kwalificatieverschillen die zien op het soort voordeel en in lijn daarvan de vraag welk verdragsartikel de voorkoming van dubbele heffing dient te regelen. Deze tweede soort zal ontstaan als gevolg van allocatieverschillen tussen Nederland en het buitenland. Bijvoorbeeld in de situatie dat de winst van een particuliere onderneming toekomt aan de achterliggende winstgenieter. Als gevolg van de fiscale transparantie zal het buitenland deze winst aanmerken als ondernemingswinst van de achterliggende winstgenieter en voorkoming willen geven op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag. Nederland

331 Zie voor een uiteenzetting hieromtrent o.a. F.A. Engelen en F.P.G. Pötgens, 'Het rapport: The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships en de interpretatie van belastingverdragen (deel 2)', *WFR* 2000/1056 alsmede onderdeel 15 van de inleiding van het OESO-commentaar.

ziet daarentegen een winstuitkering en zal voorkoming willen geven op grond van art. 10 OESO-Modelverdrag.
In de navolgende onderdelen wordt nader ingegaan op deze kwalificatieverschillen alsmede op mogelijke oplossingen daarvoor. Voorafgaand aan deze behandeling kan nog wel het volgende worden opgemerkt. Kwalificatieproblemen veroorzaakt door een verschillende fiscale kwalificatie van de onderneming(sactiviteit) door twee of meer staten, zijn niet nieuw. De problematiek omtrent de hybride entiteiten en alle daaruit voortkomende kwalificatieverschillen speelt ook onder de huidige fiscale regelgeving. Een belangrijk initiatief om deze kwalificatieverschillen en de daaruit voorkomende problemen op te lossen, is het OESO-rapport inzake 'the Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships'. Hierin worden de (mogelijke) bestaande kwalificatieverschillen beschreven en wordt gezocht naar mogelijke oplossingen. Ook dit rapport maakt onderscheid tussen kwalificatieverschillen die zien op de verdragsgerechtigdheid en die zien op de kwalificatie van het voordeel zelf.[332]
Het OESO-rapport beschrijft niet alleen de verschillen maar geeft ook mogelijke oplossingen. Om die reden zal in het navolgende naast het OESO-Modelverdrag en bijbehorend commentaar ook dit OESO-rapport als toetsingskader worden genomen.

9.2.2 Eerste categorie kwalificatieverschillen met betrekking tot de verdragsgerechtigdheid

Op grond van de hoofdregel staat een belastingverdrag open voor 'personen' die inwoner zijn van een van de verdragsstaten (art. 1 OESO-Modelverdrag). Om te bepalen of een bepaald rechtsubject toegang heeft tot een belastingverdrag, is het dus van belang om te bepalen of dit rechtssubject kan worden aangemerkt als een 'persoon' in de zin van het verdrag én of deze persoon 'inwoner' is van een van de verdragsstaten. Slechts indien beide voorwaarden zijn vervuld, is sprake van verdragsgerechtigdheid.
Voor rechtspersonen zal de verdragsgerechtigdheid onder het OWB-stelsel weinig problemen veroorzaken. De problemen doen zich voor bij particuliere ondernemingen die zelfstandig belastingplichtig zullen zijn voor de OWB. Vraag is namelijk of zij ook zelfstandig verdragsgerechtigd zullen zijn.
Het begrip persoon wordt in art. 3, lid 1, sub a, OESO-Modelverdrag omschreven als *'an individual, a company and any other body of persons'*. Een particulier samenwerkingsverband zal derhalve als 'persoon' kwalificeren binnen de context van het verdrag. Het kan immers worden aangemerkt als een 'vereniging van personen'. Bij de eenmanszaak wordt dit wat lastiger. Een eenmanszaak is immers geen 'individual' en ook geen 'body of persons' zodat een 'company' (lees: lichaam) overblijft.
Het begrip lichaam wordt vervolgens in art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag als volgt omschreven: *any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*. Het moet dus of gaan om een entiteit die op basis van de civielrechtelijke regelgeving, rechtspersoonlijkheid heeft gekregen. Indien rechtspersoonlijkheid ontbreekt, zal echter eveneens sprake zijn van een lichaam in de zin van art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag indien de entiteit voor belastingdoeleinden als zelfstandige entiteit wordt behandeld.[333]
Op basis van deze invulling van het begrip lichaam, toegepast op de eenmanszaak, kan naar mijn mening het volgende worden betoogd. Indien de onderneming in Nederland is gevestigd, zal deze zelfstandig onderworpen zijn aan de OWB en derhalve in fiscale zin gelijk worden behandeld als een rechtspersoon. Hiermee wordt vanuit Nederlandse optiek derhalve voldaan aan de vereisten voor de kwalificatie als 'persoon'. Ingeval de onderneming in het buitenland is gevestigd, zal de onderneming evenwel geen 'company' zijn in de zin van het verdrag gelet op de fiscale transparantie die het buitenland toepast. Evenmin is sprake van een vereniging van personen, zoals bij een particulier samenwer-

332 OESO, *Issues in international taxation, The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships,* nr. 6, Parijs 1999, part II.2.
333 Zie meer uitgebreid par. 2 bij het commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag.

kingsverband. Uiteraard worden de achterliggende natuurlijke personen wel als persoon in de zin van het verdrag aangemerkt.
De kwalificatie als 'persoon' is echter onvoldoende om te spreken van verdragsgerechtigdheid. Daarvoor vereist art. 4 OESO-Modelverdrag tevens dat sprake is van 'inwonerschap'. Voornoemd artikel geeft in lid 1 de hoofdregel met betrekking tot de eisen die aan een 'persoon' worden gesteld om te kwalificeren als inwoner. Belangrijk element waaraan een persoon moet voldoen is, *'liable to tax... by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, (...)'*. Uit het OESO-commentaar kan worden opgemaakt dat deze belastingplicht een 'full tax liability' betreft.[334] Dit betekent dus dat de betrokken persoon volledig en onbeperkt belastingplichtig dient te zijn in de woon/vestigingsstaat.
Toegepast op de particuliere ondernemingen, die onder het OWB-stelsel als zelfstandige belastingplichtigen worden aangemerkt, betekent dit mijns inziens het volgende. Indien de onderneming feitelijk in Nederland is gevestigd maar de achterliggende winstgenieters in het buitenland, kwalificeert de onderneming, vanuit Nederlandse optiek, als inwoner van Nederland. Immers, aan beide vereisten, de aanwezigheid van een persoon en de full tax liability, wordt voldaan. Dit geldt voor alle particuliere ondernemingen, d.w.z. eenmanszaken en samenwerkingsverbanden.
In de spiegelbeeldige situatie zal de particuliere onderneming echter niet als inwoner kwalificeren. Het land waar deze particuliere onderneming feitelijk is gevestigd, zal namelijk de fiscale transparantie toepassen. Dientengevolge wordt niet voldaan aan de vereiste volledige onderworpenheid in de zin van art. 4 OESO-Modelverdrag.
Samenvattend zal invoering van het OWB-stelsel voor de verdragsgerechtigdheid van particuliere ondernemingen het volgende betekenen. Indien de onderneming (eenmanszaak of samenwerkingsverband) feitelijk in Nederland is gevestigd, zal vanuit Nederlandse benadering sprake zijn van verdragsgerechtigheid voor deze onderneming. Reden is de fiscaal zelfstandige behandeling en de onbeperkte belastingplicht voor de OWB op grond van de vestigingsplaats. In de spiegelbeeldige situatie zal, vanuit het buitenland bezien, geen verdragsgerechtigheid voor de onderneming zelf bestaan, maar wel voor de achterliggende winstgenieters.

9.2.3 Tweede categorie kwalificatieverschillen met betrekking tot de inkomensbestanddelen

Bij deze tweede categorie kwalificatieverschillen gaat het om twee soorten verschillen. Ofwel het woonland en bronland verschillen over de allocatie van het voordeel, bijvoorbeeld als gevolg van een verschil in opvatting over de fiscale transparantie of fiscale zelfstandigheid van de rechtsvorm, en daardoor over de vraag onder welk verdragsartikel het voordeel valt. Ofwel de beide staten verschillen over de kwalificatie van het voordeel als zodanig, bijvoorbeeld de door Nederland in het OWB-stelsel geïntroduceerde mogelijkheid om het terbeschikkinggestelde vermogensbestanddeel als onderneming aan te merken. Mijn verwachting is dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel leidt tot een toename van deze kwalificatieverschillen. In dit onderdeel wordt globaal ingegaan op mogelijke oplossingen.

Vooropgesteld zij dat deze problemen alleen spelen indien een definitie van het voordeel in het verdrag ontbreekt. Op grond van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag prevaleert in dat geval de nationale invulling, met de genoemde verschillen als gevolg.[335]
Het eerdergenoemd partnershiprapport besteedt aandacht aan deze problematiek en bevat de volgende schets van een mogelijke oplossing. Het effect van een belastingverdrag wordt als volgt omschreven. Voor de bronstaat zijn art. 6 tot en met 21 OESO-Modelverdrag van belang omdat daarin de heffingsrechten worden verdeeld. Voor de woonstaat ligt

334 Onderdeel 3 bij art. 4 OESO-Modelverdrag.
335 Art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag.

het grootste belang van het verdrag echter in art. 23 OESO-Modelverdrag omdat die bepaling aangeeft op welke wijze de woonstaat voorkoming dient te geven. Hieruit wordt vervolgens de conclusie getrokken dat het voor de bronstaat irrelevant is op welke wijze het woonland een bepaald voordeel kwalificeert. De bronstaat zal zijn eigen nationale fiscale wetgeving toepassen en daarbij rekening houden met de beperkingen die het OESO-Modelverdrag oplegt. Voor de woonstaat is het echter wel van belang wat de bronstaat doet. De wijze van voorkoming die de woonstaat moet verlenen, wordt grotendeels bepaald door de wijze waarop het bronland belasting heft. Deze laatste conclusie wordt in het partnershiprapport gebaseerd op een tekstuele interpretatie van art. 23 OESO-Modelverdrag.[336] Als gevolg van dit partnershiprapport is onder meer het commentaar bij art. 23 OESO-Modelverdrag in overeenkomstige zin aangepast.[337] Als oplossing wordt voorgesteld dat de woonstaat de door het bronland gegeven kwalificatie dient te volgen bij toepassing van de voorkomingmaatregelen.
Deze oplossing kan mijns inziens echter niet worden toegepast op de onderhavige kwalificatieverschillen die ontstaan als gevolg van eenzijdige Nederlandse invoering van het onderhavige OWB-stelsel. Belangrijke oorzaak daarvan is dat Nederland een voorbehoud heeft gemaakt op de conclusies getrokken in het partnershiprapport. Daar komt bij dat het nog maar de vraag is of art. 23 OESO-Modelverdrag inderdaad leidt tot een dergelijke interpretatieregeling. Pötgens en Van Engelen zijn op deze vraag ingegaan en komen tot de conclusie dat zulks niet het geval is.[338] Zij stellen dat het interpretatievoorschrift van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag – indien een definitie in het verdrag ontbreekt, kan worden teruggegrepen naar de invulling volgens het nationale recht – tot gevolg heeft dat zowel de bronstaat als de woonstaat zijn eigen interpretatie mag volgen bij toepassing van het belastingverdrag. Dus óók bij toepassing van de voorkomingsregels zoals in art. 23 OESO-Modelverdrag neergelegd.
Ook A.J.A. Stevens[339] verdedigt dat bij het oplossen van allocatieverschillen beide staten hun eigen nationale (kwalificatie en) allocatieregels mogen hanteren.[340] De kwalificatieverschillen en de daarmee verband houdende verschillende allocaties van voordelen, worden ook in zijn opvatting derhalve doorgetrokken op verdragsniveau.
A.J.A. Stevens kwam tot deze conclusie door onder meer de volgende situatie uit te werken. Nederland is het woonland van twee natuurlijke personen die samen een buitenlandse VOF drijven. De VOF is volgens het buitenlandse recht zelfstandig belastingplichtig en volgens Nederlands recht fiscaal transparant. Gevolg is dat de buitenlandse VOF, door de buitenlandse kwalificatie als lichaam, als inwoner voor toepassing van het verdrag kan kwalificeren. De voorkoming van dubbele belasting verloopt in dit geval via art. 7 OESO-Modelverdrag (ondernemingswinst) en art. 10 OESO-Modelverdrag (dividenden). Naar Nederlandse maatstaven is deze wijze van voorkoming van dubbele belasting evenwel niet mogelijk aangezien de VOF fiscaal transparant is. Belastingheffing vindt plaats op het niveau van de beide vennoten. Deze beide vennoten komen naar Nederlandse maatstaven in aanmerking voor verdragstoepassing.
De vraag die Stevens vervolgens opwerpt, is op welke wijze met deze kwalificatieverschillen dient te worden omgegaan. Hij constateert daarbij twee tegenstrijdige opvattingen. Ten eerste dat op verdragsniveau de inkomsten aan hetzelfde subject dienen te worden toegerekend waarbij de kwalificatie van het bronland voorrang heeft. In het voorbeeld komt dat dus uit op de VOF als onderneming voor verdragsdoeleinden. Ten tweede de

336 OESO, *Issues in international taxation, The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships,* nr. 6, Parijs 1999, onderdelen 102-105.
337 Onderdelen 32.1-32.7 OESO-commentaar bij art. 23.
338 F.A. Engelen en F.P.G. Pötgens, 'Het rapport: The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships en de interpretatie van belastingverdragen (deel 1)', *WFR* 2000/1016.
339 A.J.A. Stevens, 'Het ondernemingsbegrip en de verdragsgerechtigheid van personenvennootschappen', *TFO* 2003/94.
340 A.J.A. Stevens concludeert hiertoe in een behandeling van de vraag op welke wijze, vanuit de woonstaat bezien, een kwalificatieprobleem dient te worden opgelost.

mogelijkheid dat, ondanks de kwalificatie van de VOF als lichaam op grond van buitenlands recht, Nederland als woonstaat zijn eigen kwalificatieregels mag blijven toepassen. Welk van deze twee opvattingen over het algemeen de juiste is, is onbekend. Stevens merkt op dat het OESO-commentaar lijkt uit te gaan van de tweede opvatting en dat hetzelfde lijkt te gelden voor het door Nederland uitgevaardigde SNC-besluit van 18 september 1997 welk besluit inmiddels is vervangen door het besluit van 18 december 2004.[341] Stevens kiest uiteindelijk voor de tweede opvatting.
Ik sluit mij bij de hiervoor weergegeven opvattingen van Van Engelen, Pötgens en Stevens aan. In het kader van het onderhavige onderzoek naar de internationale gevolgen van een eenzijdige invoering van het OWB-stelsel, kies ik derhalve als oplossing voor kwalificatieverschillen met betrekking tot het voordeel, het volgende uitgangspunt. Ongeacht of sprake is van kwalificatieverschillen veroorzaakt door allocatieverschillen dan wel dat sprake is van kwalificatieverschillen die worden veroorzaakt door een verschil in nationale definiëring, zullen beide betrokken staten het recht hebben om het verdrag toe te passen volgens hun eigen nationale regelgeving. Wellicht ten overvloede dient hierbij te worden opgemerkt dat het alleen om die voordelen gaat waarvoor in het verdrag zelf geen definitie is opgenomen. Mijn uitgangspunt is gebaseerd op de volgende argumenten.
Allereerst bestaat naar mijn mening inderdaad geen basis voor een restrictieve uitleg van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag, gelijk als Pötgens en Van Engelen hebben verdedigd. Indien de interpretatie van een bepaald voordeel voor de toepassing van een verdrag wordt overgelaten aan de nationale wetgeving, dient deze interpretatie voor toepassing van het gehele verdrag te gelden. Dit betekent inclusief het voorkomingsartikel. Een meer restrictieve uitleg kan mijns inziens niet uit de tekst worden afgeleid.
Ook het voorbehoud dat Nederland heeft gemaakt op de aanpassingen van het OESO-commentaar, die zijn doorgevoerd n.a.v. voornoemd rapport, geeft ruimte om deze 'vrije' kwalificatie toe te staan.

9.2.4 Conclusie

In deze paragraaf is ingegaan op de kwalificatieverschillen die ontstaan als gevolg van de eenzijdige Nederlandse invoering van het onderhavige OWB-stelsel. Het betreft enerzijds kwalificatieverschillen met betrekking tot de fiscale behandeling van de entiteit, d.w.z. fiscaal transparant of zelfstandig belastingplichtig, en de daaruit voortvloeiende kwalificatievraag wie de verdragsgerechtigde is. Anderzijds gaat het om de kwalificatieverschillen met betrekking tot de voordelen.
Met betrekking tot het inwonerschap van de ondernemingen is door mij het volgende verdedigd. Indien sprake is van een rechtspersoon zal er in de meeste gevallen geen sprake zijn van een kwalificatieverschil omdat deze rechtspersoon vrijwel door ieder land als verdragsinwoner wordt aangemerkt. Voor particuliere ondernemingen is deze conclusie niet zo gemakkelijk te trekken. Betoogd is dat deze ondernemingen na invoering van het OWB-stelsel wel verdragsgerechtigd zullen zijn indien zij feitelijk in Nederland zijn gevestigd, echter dat dit niet opgaat indien de vestigingsplaats in het buitenland is gelegen. In dit laatste geval zullen de achterliggende winstgenieters de verdragsgerechtigden zijn.
Wat betreft kwalificatieverschillen die spelen bij de kwalificatie van het voordeel zelf, is door mij betoogd dat de betrokken lidstaten ieder hun eigen nationale kwalificatie mogen hanteren.
Nog een laatste opmerking in dit verband betreft de vraag of een belastingverdrag überhaupt wel kan worden toegepast in de situaties van een hybride entiteit. Immers, de dubbele belasting die in een aantal situaties dreigt te ontstaan, is een vorm van economische dubbele heffing en niet van juridische dubbele heffing.[342] Het OESO-Modelverdrag voor-

341 Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, *NTFR* 2005/19, *BNB* 2005/88.
342 In dit verband versta ik onder juridische dubbele heffing de heffing door beide lidstaten over hetzelfde voordeel bij dezelfde persoon. Onder economische dubbele heffing versta ik in dit verband een heffing over hetzelfde voordeel door twee staten bij twee verschillende belastingplichtigen.

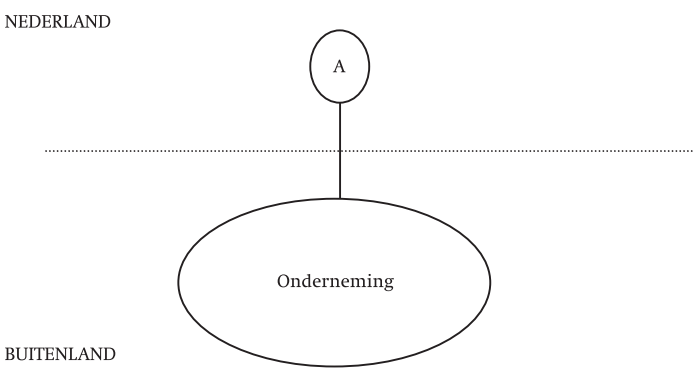
ziet echter volgens de letterlijke interpretatie niet in oplossingen voor economische dubbele heffing.[343] Mijns inziens wordt echter over het algemeen dit uitgangspunt niet zo strikt toegepast zodat ook voor de aldus ontstane economische dubbele heffing een verdrag kan worden ingeroepen. Onder meer uit het feit dat er een OESO-rapport is opgesteld, leid ik dit af.
Zoals eerder al gesteld is de verwachting dat de eenzijdige invoering van het Nederlandse OWB-stelsel vooral voor particuliere ondernemingen tot internationale kwalificatieproblemen leidt. Het is de vraag of hieruit ook een nadelige fiscale behandeling voortvloeit. In dit verband is het van belang om in kaart te brengen welke potentiële negatieve gevolgen invoering van het onderhavige OWB-stelsel op internationaal gebied teweeg zal kunnen brengen. De navolgende paragrafen dienen hiertoe. Belangrijk uitgangspunt bij die uiteenzetting is dat de betrokken staten voor wat betreft toepassing van een belastingverdrag, indien noodzakelijk, de eigen nationale fiscale kwalificatie mogen en zullen volgen.

9.3 NATIONALE EN INTERNATIONALE BEHANDELING VAN EEN IN HET BUITENLAND GESITUEERDE NIET-RECHTSPERSOONLIJKHEID BEZITTENDE ONDERNEMING MET EEN IN NEDERLAND WOONACHTIGE WINSTGENIETER

9.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de nationale en internationale gevolgen van de invoering van het hiervoor uitgewerkte OWB-stelsel met betrekking tot de volgende uitgangssituatie behandeld.

Uitgangssituatie
Belastingplichtige A (winstgenieter) woont feitelijk in Nederland en drijft een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid die (feitelijk) in het buitenland is gevestigd. Winstgenieter A is een natuurlijk persoon en de onderneming wordt in het buitenland aangemerkt als fiscaal transparante entiteit.



Door de onderneming en/of winstgenieter A worden de volgende voordelen behaald in combinatie met de daarbij genoemde overeenkomsten:
– winst door de onderneming;
– uitdeling van winst aan A;
– loon genoten door A als gevolg een arbeidsverhouding tussen A en de onderneming;
– het ter beschikking stellen van privévermogen aan de onderneming door A.

343 Zie onderdeel 2 van de introductie bij het commentaar OESO-Modelverdrag.

Uitgangspunt is dat het buitenland deze uit de Nederlandse fiscale wetgeving voortvloeiende duiding van de onderneming als OWB-belastingsubject en de (fictieve) arbeidsovereenkomst niet volgt en uitgaat van fiscale transparantie van de onderneming.
Om een volledig beeld te krijgen van de internationale gevolgen die door eenzijdige invoering van het OWB-stelsel worden veroorzaakt voor particuliere ondernemingen worden in dit onderdeel de volgende vragen behandeld:
- op welke wijze behandelt het buitenland de voordelen die de onderneming behaalt en op welke wijze wordt omgegaan met het ten goede komen van deze winst, op enigerlei wijze, aan de achterliggende winstgenieter?
- op welke wijze worden deze voordelen door Nederland behandeld?
- is sprake van dubbele heffing of een verzwaarde belastingdruk en zijn er bestaande mogelijkheden om deze dubbele heffing te voorkomen of dienen oplossingen geformuleerd te worden?

Wanneer in dit onderdeel en de navolgende onderdelen wordt gesproken over internationale (bilaterale) verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, wordt het OESO-Modelverdrag als uitgangspunt genomen. Indien een belastingverdrag ontbreekt, zal worden aangesloten bij het BvdB 2001.

9.3.2 Nationale en internationale behandeling

9.3.2.1 *Winst behaald door de onderneming*

Wanneer de in het buitenland gevestigde onderneming winst behaalt, zal de buitenlandse fiscus hierover belasting heffen. Belastingplichtig zal de in Nederland woonachtige natuurlijke persoon zijn als buitenlands belastingplichtige. Ik ga er hier vanuit, dat het buitenland voor buitenlandse belastingplichtigen fiscale regelgeving kent overeenkomstig de huidige Nederlandse regelgeving voor buitenlands belastingplichtigen met een Nederlandse onderneming. Voorwaarde voor de buitenlandse heffing is dan dat de winst wordt behaald met een in dat land gevestigde vaste inrichting.[344]
Belangrijke vraag is wat het buitenland begrijpt onder deze te belasten winst. Hierbij is in het bijzonder van belang dat Nederland eenzijdig is overgegaan tot de invoering van het OWB-stelsel waar de objectieve benadering van het belastingsubject deel van uitmaakt evenals het scheppen van de fiscale mogelijkheid om als winstgenieter een arbeidsovereenkomst aan te gaan met de eigen particuliere onderneming. Gevolg van dit laatste is dat het loonelement door de buitenlandse fiscus bij het bepalen van de winst niet wordt gezien en dus niet in aftrek komt op de winst. Ervan uitgaande dat de buitenlandse fiscale regelgeving een vergelijkbare bepaling niet kent.
Gelet op het bovenstaande zal in de onderhavige uitgangssituatie het buitenland op het moment dat de onderneming winst behaalt, deze winst direct belasten bij de achterliggende winstgenieter. De aldus in het buitenland te belasten winst zal bestaan uit het resultaat dat met de in het buitenland gevestigde onderneming wordt behaald, verminderd met de ondernemingskosten evenals, indien het buitenland die kent, ondernemingsfaciliteiten. Kosten die opkomen uit de arbeidsrelatie met de winstgenieter komen echter niet in aftrek.
Nederland zal de buitenlandse particuliere onderneming van de Nederlandse winstgenieter daarentegen niet met Nederlandse OWB treffen aangezien een belastingplichtige ontbreekt. Oorzaak is de objectieve invulling van het belastingsubject voor de OWB. Het OWB-belastingsubject is de onderneming als opbrengstgenererende entiteit. In deze uitgangssituatie ontbreekt een dergelijke materiële onderneming binnen Nederland en ontbreekt dus ook een belastingsubject voor de OWB.[345]

344 Vergelijk art. 7.2, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001 voor de Nederlandse regelgeving in een vergelijkbare situatie.
345 Uitgezonderd de situatie van een eventuele vaste inrichting in Nederland.

Het feit dat de winstgenieter zijn woonplaats in Nederland heeft, doet aan vorenstaande conclusie niet af. Als gevolg van de objectivering van het OWB-belastingsubject is de positie van de achterliggende participanten irrelevant.
Geen juridische dubbele heffing dus. Mocht het buitenland het verdrag desondanks willen toepassen dan zullen zij art. 7 OESO-Modelverdrag gebruiken. Dit artikel bepaalt als hoofdregel dat de winst behaald door '*an enterprise of a Contracting State',* in diezelfde staat mag worden belast. Deze term 'onderneming van een van de staten' wordt in het verdrag in art. 3, lid 1, onderdeel d, OESO-Modelverdrag ingevuld als een 'onderneming gedreven door een inwoner van de staat'.[346] Eerder is al opgemerkt dat in deze uitgangspositie de in het buitenland gevestigde particuliere onderneming niet als inwoner zal kwalificeren, volgens het perspectief van dit buitenland. Het buitenland belast deze onderneming immers niet zelfstandig zoals Nederland dat in het OWB-stelsel wel doet. Daarmee is dan niet voldaan aan de in art. 4 OESO-Modelverdrag vereiste full tax liability. De achterliggende persoon die de onderneming drijft is – vanuit buitenlandse optiek – A, die wél inwoner is. De hoofdregel heeft dan tot gevolg dat de buitenlandse fiscus het heffingsrecht (als inwonerstaat) ontbeert. Echter, art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag bepaalt dat indien sprake is van een vaste inrichting in de andere staat, deze laatste staat het heffingsrecht heeft. Voor de onderhavige uitgangssituatie betekent dit dat het buitenland toch het heffingsrecht heeft ter zake van de ondernemingswinst, aangezien sprake is van een vaste inrichting in het buitenland. Gelet op het feit dat de Nederlandse fiscus volgens nationaal recht niet heft over deze ondernemingswinst, is in zoverre evenwel geen sprake van dubbele heffing.
Samenvattend kan worden opgemerkt dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in de onderhavige uitgangssituatie niet tot (juridische) dubbele heffing leidt met betrekking tot de ondernemingswinst. Het buitenland heft wél belasting maar Nederland heft geen OWB. Het buitenland zal zich in geval van een belastingverdrag ook gerechtigd zien om deze heffing te effectueren.
Deze conclusie wordt anders wanneer de fiscale behandeling van het loon in de beoordeling wordt meegenomen, evenals de fiscale behandeling van de winstgenieter met betrekking tot de winstuitkeringen en capital gains. In het navolgende onderdeel wordt hierop ingegaan.

9.3.2.2 *Winstuitkering aan A door de onderneming*

Een winstuitkering (lees: onttrekking) aan winstgenieter A zal in het buitenland niet belast zijn, omdat daar 'slechts' een onbelaste onttrekking wordt gezien. Op het eerste gezicht is dus ook hier geen sprake van dubbele heffing. Nederland heft echter nog wel secundaire heffing bij A ter zake van deze winstuitkering. Immers, belastingsubject voor de secundaire heffing is iedere natuurlijk persoon die participeert in een materiële onderneming onder de voorwaarde dat deze participatie tenminste 5% winstgerechtigdheid inhoudt. De vestigingsplaats van de onderneming is voor deze kwalificatie irrelevant. Nu A in de onderhavige uitgangssituatie in Nederland woonachtig is, wordt hij volgens Nederlands nationaal recht dus met secundaire heffing geconfronteerd.
De Nederlandse nationale behandeling van de winstgenieter samen met de fiscale behandeling in het buitenland van de ondernemingswinst, zoals in het voorgaande onderdeel is beschreven, leidt tot economische dubbele heffing.[347] Afhankelijk van de tariefstelling (in het buitenland) kan deze economische dubbele heffing als bezwaarlijk worden aangemerkt. Bijvoorbeeld indien het buitenland over de behaalde winst een belasting heft die vergelijkbaar is aan het huidige Nederlandse inkomstenbelastingstelsel voor buitenlands belastingplichtige particuliere ondernemers. In dat geval zal maximaal geheven worden

346 Aan het begrip inwoner in de zin van art. 4 OESO-Modelverdrag is in par. 9.2 aandacht besteed waar hiernaar wordt verwezen.

347 Immers, het buitenland heft op het moment dat de winst wordt gerealiseerd bij de achterliggende winstgenieter als buitenlands belastingplichtige. Vervolgens wordt deze heffing op het moment dat de winst wordt uitgekeerd, 'aangevuld' met de Nederlandse secundaire heffing.

naar een tarief van 52%. Samen met de secundaire heffing van 30%, zal de totale belastingdruk kunnen uitkomen op 66,4%.
Mogelijk wordt de dubbele heffing voorkomen door de toepassing van een belastingverdrag. Anders gezegd heeft Nederland ook het heffingsrecht om de secundaire heffing te effectueren.[348] Bij deze secundaire heffing betreft het dan in het bijzonder de vraag of het dividendartikel (art. 10 OESO-Modelverdrag) van toepassing is. Aan art. 7 OESO-Modelverdrag wordt hier niet (meer) toegekomen gelet op het eerder verdedigde standpunt dat iedere staat vrij is in zijn kwalificatie en de toepassing van het verdrag en Nederland hier geen ondernemingswinst (meer) ziet.
Om voor toepassing van art. 10 OESO-Modelverdrag in aanmerking te komen, is het van belang dat sprake is van een dividend in de zin van die bepaling. Uitgangspunt is dat het gaat om '*dividends paid by a company*'[349]. Het begrip 'company' wordt in art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag ingevuld als een rechtspersoon of entiteit die voor fiscale doeleinden als rechtspersoon wordt behandeld door de staat in '*which it is organised*'.[350] Eerder werd door mij al betoogd dat indien de onderneming in het buitenland is gevestigd, zoals in de onderhavige uitgangssituatie, dan vanuit buitenlandse optiek geen sprake is van een lichaam in de zin van het verdrag. Immers, het buitenland kent fiscale transparantie en zal de particuliere onderneming niet belasten als ware het een rechtspersoon. In de onderhavige uitgangssituatie kwalificeert de in het buitenland gevestigde onderneming naar mijn mening derhalve niet als 'company' in de zin van art. 10 OESO-Modelverdrag. Dit artikel mist derhalve toepassing en Nederland lijkt dan niet gehinderd te worden in de effectuering van de secundaire heffing.
De toepassing van het saldoartikel (art. 21, lid 1, OESO-Modelverdrag) verandert de situatie niet. Ook in dat geval komt het heffingsrecht aan Nederland als woonstaat toe, zodat ook dan de secundaire heffing kan worden toegepast.
In de onderhavige uitgangssituatie ontstaat derhalve door de eenzijdige Nederlandse invoering van het OWB-stelsel, economische dubbele heffing voor wat betreft de winstuitkeringen. Deze dubbele heffing wordt bezwarend indien het buitenland de ondernemingswinst bij A belast naar een hoog tarief vergelijkbaar als dat thans gebeurt volgens het Nederlandse systeem.[351]
Resteert de vraag of hier sprake is van 'treaty override' als gevolg van de eenzijdige Nederlandse invoering van het OWB-stelsel. Onder 'treaty override' versta ik in dit verband het eenzijdig invoeren van nationale regelgeving die de werkwijze van een verdragsbepaling zodanig verandert dat de verdeling van heffingsrechten zoals de verdragsluitende staten oorspronkelijk voor ogen hadden niet meer kan worden toegepast. Door een dergelijke eenzijdige wijziging door te voeren, komt deze verdragsstaat in strijd met de goede trouw die zij verplicht is als verdragspartner jegens haar verdragspartner(s) in acht te nemen.
In de onderhavige uitgangssituatie is mijns inziens echter geen sprake van dergelijke treaty override door Nederland. Met de invoering van het OWB-stelsel haalt Nederland mijns inziens niet eenzijdig een heffingsrecht naar zichzelf toe ten koste van het buitenland. Het blijft in beginsel ondernemingswinst waarvan het heffingsrecht wordt toegewezen aan het buitenland. Zoals in het voorgaande onderdeel reeds is betoogd. Er is geen sprake van een 'herkwalificatie' van een inkomenscategorie.[352] Dat Nederland vervolgens

348 Zie onderdeel 9.2.3 van dit hoofdstuk.
349 Zie art. 10, lid 1, OESO-Modelverdrag.
350 Zie par. 1.3 bij het commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag in samenhang met onderdeel 27 bij het commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag. In par. 1.3 van het commentaar bij art. 3 OESO-Modelverdrag wordt uitdrukkelijk vermeld dat de definitie van het begrip lichaam in art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag is geschreven met het oog op het dividendartikel. Mijns inziens kan derhalve de invulling die in art. 3 wordt gegeven aan het begrip lichaam, worden doorgetrokken naar art. 10 OESO-Modelverdrag.
351 Art. 7.2 Wet IB 2001.
352 Deze definitie is gebaseerd op de invulling die A-G Wattel in zijn conclusie van 4 oktober 2006, nrs. 42.699, 42.071 en 42.072. *V-N* 2007/4.13 aan dit begrip geeft.

eenzijdig een secundaire heffing introduceert, doet aan dit heffingsrecht van het buitenland ter zake van de ondernemingswinst mijns inziens niets af.
Dezelfde conclusie geldt overigens indien het een situatie betreft waarin een belastingverdrag ontbreekt. Het dan van toepassing zijnde BvdB 2001 bevat geen regeling die op dergelijke winstuitkeringen ziet. Eventueel zal voorkoming via het dividendartikel voor aanmerkelijkbelanghouders (art. 19 BvdB 2001) kunnen worden gegeven. Echter, dit artikel verleent alleen verrekening van in het buitenland geheven bronbelasting indien het bronland een ontwikkelingsland is. Ook hier geldt dat nu het bronland op grond van de fiscale transparantie ter zake van de winstuitkering geen bronbelasting heft, Nederland volledig over de uitkering kan heffen, dat wil zeggen niet aan verrekening van buitenlandse bronbelasting toekomt. Het ondernemingswinstartikel van het BvdB zal mijns inziens niet van toepassing zijn omdat de uitkering door Nederland niet als zodanig wordt aangemerkt als gevolg van de invoering van het OWB-stelsel
Ook in niet-verdragssituaties zal deze vorm van economische dubbele heffing dus stand houden omdat de huidige vormgeving van de Nederlandse eenzijdige regeling hiervoor geen oplossing biedt.

9.3.2.3 *Capital gains*
Indien de winstgenieter zijn in het buitenland gelegen onderneming verkoopt, kan dit in het buitenland tot belastingheffing leiden. Hanteert het buitenland een systeem vergelijkbaar aan het huidige Nederlandse box 1-systeem voor ondernemers, dan zal geheel of gedeeltelijke verkoop van de onderneming in het buitenland leiden tot het in aanmerking nemen van belaste (stakings)winst bij de winstgenieter.[353] Nederland zal echter ter zake van deze vervreemdingswinst secundaire heffing willen effectueren.
Indien het buitenland de aldus behaalde winst aan een tarief onderwerpt vergelijkbaar aan het Nederlandse box 1-tarief zal de aanvullende secundaire heffing tot ongewenste economische dubbele heffing leiden, gelijk als hiervoor is verdedigd met betrekking tot de winstuitkeringen. Het is vervolgens weer de vraag of toepassing van een belastingverdrag uitkomst kan bieden.
Het buitenland zal het heffingsrecht ter zake van deze opbrengst onder het ondernemingswinstartikel (art. 7 OESO-Modelverdrag) willen vatten. Echter, het zevende lid van deze bepaling bevat een rangorderegeling, welke voorrang verleent aan andere verdragsartikelen. Deze samenloop speelt onder meer met art. 13 OESO-Modelverdrag dat ziet op vermogenswinsten. Dit betekent dat het buitenland zijn eventuele heffingsrecht zal ontlenen aan dit artikel.
Art. 13, lid 2, OESO-Modelverdrag bepaalt dat het heffingsrecht met betrekking tot de vervreemding van vermogensbestanddelen, die tot het vermogen van een vaste inrichting van een onderneming behoren in de bronstaat, toekomt aan de bronstaat. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat voor zover het winst uit onroerende zaken betreft, het heffingsrecht toekomt aan de situsstaat. In beide gevallen is dit dus het buitenland.
Gelet op het eerder verdedigde uitgangspunt dat iedere staat zijn eigen kwalificatieregels kan toepassen indien een eigen definitie in het verdrag ontbreekt, zal Nederland art. 13 OESO-Modelverdrag op een andere wijze toepassen. Vanuit Nederlandse optiek is namelijk als gevolg van het OWB-stelsel sprake van een capital gain als bedoeld in art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag. Een vervreemdingswinst behaald met 'overige vermogensbestanddelen'. Ingevolge dit vijfde lid heeft de staat waar de vervreemder inwoner is, het heffingsrecht. Dit zou dus Nederland zijn.
De dubbele heffing die ontstaat bij gehele of gedeeltelijke vervreemding van een onderneming, in de onderhavige uitgangssituatie, wordt door een belastingverdrag derhalve niet opgelost als gevolg van de kwalificatieverschillen tussen de beide staten.

353 Nederland zal bij verkoop van de onderneming geen OWB heffen – enerzijds omdat een OWB-belastingsubject ontbreekt zoals hiervoor is besproken en anderzijds omdat met betrekking tot het OWB-belastingsubject geen wijzigingen optreden – maar wel secundaire heffing over de behaalde capital gain.

In het eerder al genoemde partnershiprapport is deze problematiek reeds aan de orde gesteld. De aldaar beschreven oplossing houdt in dat het woonland, in casu Nederland, bij toepassing van de voorkomingregels zoals neergelegd in art. 23 OESO-Modelverdrag, de kwalificatie van het bronland dient te volgen. Dit zou dus betekenen dat Nederland in casu voorkoming dient te verlenen met betrekking tot de secundaire heffing, voor zover het buitenland al over de vervreemdingswinst heeft mogen heffen.
In de inleidende paragraaf is door mij reeds betoogd dat een dergelijke gebondenheid van Nederland aan de kwalificatie die het bronland geeft, niet uit het OESO-Modelverdrag voortvloeit. Nederland hoeft in deze situatie mijns inziens geen voorkoming te geven. Gevolg is dat de dubbele heffing blijft bestaan.
Concluderend kan worden gesteld dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel voor vervreemdingswinsten, behaald met de verkoop van de in het buitenland gelegen onderneming, in beginsel tot economische dubbele heffing leidt.
Het leidt overigens niet tot de conclusie dat Nederland met invoering van het OWB-stelsel op dit punt het risico loopt van treaty override. Gelijk als hiervoor met betrekking tot de winstuitkering is opgemerkt, haalt Nederland met deze eenzijdige aanpassing van het belastingstelsel niet een heffingsrecht naar zich toe. Het voordeel blijft in eerste instantie ondernemingswinst waarover het heffingsrecht aan het buitenland wordt toegewezen. De aanvullende Nederlandse heffing is mijns inziens dan geen treaty override. Wel ontstaat economische dubbele heffing waarvoor mijns inziens een oplossing dient te worden geboden.[354]

9.3.2.4 *Loon*

Ook voor het arbeidsloon dreigt economische dubbele heffing. De oorzaak is tweeërlei. Ten eerste omdat de dienstbetrekking tussen de particuliere onderneming en de winstgenieter door de buitenlandse fiscus niet wordt erkend.[355] Bij het vaststellen van de in het buitenland te belasten ondernemingswinst wordt derhalve geen rekening gehouden met de loonkosten als aftrekpost.
Ten tweede omdat op het moment dat A loon geniet, Nederland dit loon zal belasten volgens de regels van box 1.[356] Het feit dat de onderneming in het buitenland is gelegen, maakt hierbij geen verschil aangezien bij de bepaling van het loon uit dienstbetrekking van A wordt aangesloten bij het bestaande art. 3.80 e.v. Wet IB 2001.[357] A is binnenlands belastingplichtig en zal derhalve voor al het loon dat hij geniet in de heffing van box 1 worden betrokken ongeacht de vestigingsplaats van de onderneming.
Het niet in aftrek brengen van de loonkosten bij de buitenlandse heffing over de ondernemingswinst, samen met de Nederlandse heffing over het door A ontvangen loon leidt tot een ongewenste economische dubbele heffing. Deze kan zelfs zeer bezwarend zijn indien het buitenland een tarief hanteert dat vergelijkbaar is aan de huidige progressieve tariefstelling van box 1 van de Nederlandse Wet IB 2001. Immers, eerst wordt de winst (inclusief het loon) belast naar het hoge progressieve tarief door het buitenland en vervolgens wordt bij de ontvanger van het loon in Nederland nogmaals een progressief tarief toegepast over het loon.
Ook hier is van belang om te bepalen op welke wijze deze looncomponent kan worden ingepast in de bestaande belastingverdragen en of deze een mogelijke oplossing bieden voor de hiervoor geschetste economische dubbele heffing. Hierbij kunnen twee situaties onderscheiden worden. Het geval waarin de arbeid slechts 'tijdelijk' is en het geval waarin sprake is van meer duurzame arbeid.

354 In onderdeel 9.3.3 wordt ingegaan op een mogelijke oplossing.
355 Deze fiscale mogelijkheid is immers een fiscale fictie die Nederland eenzijdig heeft ingevoerd. Zie onderdeel 8.2.5 van hoofdstuk 8.
356 Er wordt aangesloten bij het bestaande art. 3.80 e.v. Wet IB 2001. Achtergrond is het uitgangspunt dat de loonkosten in aftrek komen op de ondernemingwinst en dientengevolge het ontvangen loon aan de progressieve heffing van box 1 onderworpen dient te worden om een fiscaal evenwichtige behandeling te creëren.
357 Zie onderdeel 8.2.5d.

Duurzame arbeid
Eerste vraag is of de naar Nederlandse recht ingevoerde fiscale fictie dat loon wordt betaald aan de particuliere ondernemer, ook doorwerkt naar het verdrag. Gelet op het ontbreken van een definitie van het begrip loon in het verdrag, is dit naar mijn mening inderdaad het geval. Iedere staat mag dan, zoals eerder al door mij betoogd, terugvallen op de eigen invulling. Aangezien Nederland de onttrekking als loon aanmerkt, zal dit naar Nederlandse maatstaven als loon in de zin van het verdrag kwalificeren. Het buitenland zal echter bij zijn interpretatie blijven dat sprake is van ondernemingswinst behaald door A, waarvan het heffingsrecht op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag aan haar is toegewezen. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat het buitenland vrij is in de wijze van het effectueren van dit heffingsrecht en dus is toegestaan om de looncomponent niet in aftrek te brengen.
De vraag of naar Nederlands perspectief heffingsrecht bestaat ter zake van het loon, zal zoals gezegd, beantwoord moeten worden langs de lijnen van art. 15 OESO-Modelverdrag. Dit artikel bepaalt dat het heffingsrecht over het loon is toegewezen aan de bronstaat waar de arbeid wordt verricht, in casu dus het buitenland. Nederlandse heffing komt dan niet aan de orde. Nederland mag dit inkomen wel in de nationale heffing betrekken, maar zal op grond van art. 23A (art. 24) of 23B (art. 24) OESO-Modelverdrag (NSV) voorkoming dienen te geven door middel van de vrijstellingsmethode. Hiermee blijft dan wel het grondslagvoorbehoud in stand.
De dreigende economische dubbele heffing voor loon, die ontstaat als gevolg van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel, wordt derhalve door verdragstoepassing tenietgedaan.
Op grond van art. 9, lid 1, BvdB 2001 zal hetzelfde gelden voor niet-verdragssituaties. Nederland verleent vrijstelling (met grondslagvoorbehoud) voor het loon dat in het buitenland is gegenereerd onder voorwaarde dat sprake is van onderworpenheid in het buitenland.[358] Deze onderworpenheidseis zal ertoe leiden dat in veel niet-verdragssituaties Nederland zal terugtreden ter zake van de heffing over het loon.
Economische dubbele heffing met betrekking tot de looncomponent in de onderhavige uitgangssituatie wordt derhalve in beginsel voorkomen door toepassing van de bestaande belastingverdragen of door toepassing van het BvdB 2001.

Zijdelings merk ik hierbij op dat naar mijn mening aan de regel die is geformuleerd in de zogenoemde fictiefloonarresten van 5 september 2003, in deze situatie niet wordt toegekomen.[359] Ten eerste omdat de onderhavige situatie uitgaat van Nederland als woonstaat. De fictiefloonarresten zijn gewezen in een casus waarbij Nederland bronstaat was. De Hoge Raad heeft zijn oordeel gegeven in deze specifieke situatie en het arrest kan derhalve niet direct worden doorgetrokken naar andere situaties.
Het is een andere vraag of de Hoge Raad de door hem in de fictiefloonarresten geformuleerde regels ook in de spiegelbeeldige situatie, dat wil zeggen indien Nederland de woonstaat is, zal toepassen. Mijns inziens is het niet ondenkbaar dat de Hoge Raad de in de fictiefloonarresten geformuleerde regels ook in de spiegelbeeldige situatie zal toepassen. De Hoge Raad heeft in zijn oordeel namelijk niet uitsluitend gesproken over de eenzijdige uitbreiding van het heffingsrecht door een bronstaat, maar heeft zijn oordeel algemener geformuleerd. Zo stelt de Hoge Raad dat staten niet door het gebruik van ficties of forfaits inkomsten waarover zij het heffingsrecht niet hebben, naar zich toe mogen trekken.[360]

358 De onderworpenheidseis volgt uit art. 9, lid 1, laatste volzin. Deze onderworpenheidseis vereist een subjectieve onderworpenheid; een objectieve vrijstelling dan wel verrekenbare verliezen zullen geen afbreuk doen aan de onderworpenheid. Indien het buitenland niet een vergelijkbare regeling kent als de Nederlandse – d.w.z de fiscale mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst te sluiten met de particuliere onderneming – is het mijns inziens verdedigbaar dat sprake is van onderworpenheid van het loon aangezien dit loon deel uitmaakt van de winst die als zodanig in het buitenland belast zal zijn. Immers, geen aftrek van loonkosten.
359 HR 5 september 2003, *V-N* 2003/46.7, *NTFR* 2003/511.
360 R.o. 3.4.2. van HR 5 september 2003, *V-N* 2003/46.7, *NTFR* 2003/511.

Deze wat meer algemene bewoording brengt mijns inziens met zich dat niet met zekerheid kan worden gesteld dat de Hoge Raad een dergelijke regel als in de fictiefloonarresten is geformuleerd, niet ook in de situatie dat Nederland woonstaat is, zal toepassen. Echter, zo dit het geval mocht zijn, dan zijn naar mijn mening de fictiefloonarresten met betrekking tot het OWB-stelsel evenmin van toepassing om de volgende reden. Nederland breidt in het onderhavige OWB-stelsel zijn heffing wel eenzijdig uit maar slaagt daar uiteindelijk niet in als gevolg van de toepassing van het belastingverdrag. Immers, op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag zijn de heffingsrechten over de winst aan het bronland toegewezen en op grond van art. 15 OESO-Modelverdrag zijn de heffingsrechten over loon eveneens aan het bronland toegewezen. Er is derhalve geen sprake van eenzijdige verschuiving van heffingsrechten als gevolg van een eenzijdig door Nederland ingevoerde fictie als gevolg waarvan Nederland het heffingsrecht verkrijgt over inkomsten die zonder die fictie niet aan Nederland zouden zijn toegewezen.[361]

Tijdelijke arbeid

Anders worden de voorgaande conclusies indien sprake is van arbeid van 'korte duur'. Op grond van art. 15, lid 2, OESO-Modelverdrag komt het heffingsrecht ter zake van 'tijdelijke arbeid' namelijk toe aan de woonstaat, mits aan de volgende voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste mag de arbeid in het buitenland niet langer duren dan 183 dagen. Daarnaast wordt de beloning voor de arbeid betaald door of namens een werkgever die niet in de werkstaat is gevestigd en de beloning mag niet ten laste komen van een vaste inrichting in de werkstaat.

Wordt een van deze voorwaarden niet vervuld dan wordt teruggekeerd naar de hoofdregel (*i.e.* heffingsrecht aan werkstaat). Mijns inziens is het echter verdedigbaar dat deze voorwaarden in sommige gevallen van een particuliere onderneming wel worden vervuld. In dat geval komt Nederland (in deze uitzonderingssituatie) het heffingsrecht mijns inziens wél toe over het loon dat uit de fictieve arbeidsovereenkomst voortkomt. Hier loopt Nederland dan mogelijk het risico van 'treaty override', aangezien Nederland een heffingsrecht naar zich toehaalt waar bij de verdragssluiting niet vanuit is gegaan. Het is dan dus nog maar de vraag of Nederland de nationale heffing over het loon in de onderhavige uitgangssituatie kan effectueren indien de uitzondering van art. 15, lid 2, OESO-Modelverdrag zich voordoet. Zo dat al mag ben ik toch van mening dat er een oplossing dient te worden geboden voor de economische dubbele heffing die ontstaat.[362]

9.3.2.5 *Ter beschikking stellen van vermogen*

Met betrekking tot het ter beschikking stellen van vermogen aan een particuliere onderneming, is voorgesteld om de huidige vermogensetiketteringsregels voor te zetten. Het in gebruik geven van vermogensbestanddelen aan de particuliere onderneming leidt dus tot ondernemingsvermogen.[363] Vraag is of deze handelswijze tot dubbele heffing leidt en derhalve een verslechtering betekent in vergelijking met de bestaande fiscale behandeling van dergelijke vermogensbestanddelen.

Het antwoord op deze vraag kan kort zijn. In beginsel wijzigt er niets in vergelijking tot de bestaande systematiek. Voor particuliere ondernemingen blijven dezelfde vermogensetiketteringsregels bestaan als onder het huidige recht. Het enige verschil dat ontstaat, is dat de wijze waarop belasting wordt geheven in twee delen is opgeknipt (OWB en secundaire heffing). Dit heeft tot gevolg dat voor zover rendement wordt behaald op vermogensbestanddelen welke tot het ondernemingsvermogen behoren de hiervoor geschetste problemen met betrekking tot de capital gains en winstuitkeringen wel gelden. Zoals gezegd is het de vraag of hier evenwel sprake is van een belastingverzwaring in vergelijking met de huidige situatie en of er mogelijk een eenzijdige oplossing mogelijk is. De navolgende onderdelen gaan hierover.

361 Zie r.o. 3.4.2. van HR 5 september 2003, *V-N* 2003/46.7, *NTFR* 2003/511.
362 In onderdeel 9.3.3 wordt een oplossing gegeven.
363 Zie hoofdstuk 8 onderdeel 8.2.2.

9.3.3 Wenselijk recht oftewel nieuwe oplossingen die deel uitmaken van het OWB-stelsel

In dit onderdeel worden mogelijke oplossingen besproken voor de in de voorgaande onderdelen geconstateerde dubbele heffing, die het gevolg is van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel. Eenzijdige invoering van het OWB-stelsel impliceert dat Nederland aanvullend gaat heffen (*i.e.* secundaire heffing) ter zake van winstuitkeringen en capital gains. Deze aanvullende heffing leidt tot economische dubbele heffing, waarvoor een oplossing dient te worden gevonden. Ook ter zake van 'tijdelijke' arbeid dreigt in deze uitgangspositie economische dubbele heffing.
Voor wat betreft mogelijke oplossingen sluit ik mij gedeeltelijk aan bij hetgeen Heithuis heeft voorgesteld.[364] Hij stelt dat de dreigende dubbele heffing een eenzijdig probleem is dat wordt veroorzaakt door een Nederlandse eenzijdige aanpassing van het fiscale regime voor ondernemingswinsten. Nederland dient om die reden ook, indien noodzakelijk, eenzijdig voor een oplossing te zorgen in de nationale wetgeving.
Er dienen zich dan twee oplossingen aan. Enerzijds het verlenen van vrijstelling, met grondslagvoorbehoud, wat inhoudt dat Nederland geheel afziet van secundaire heffing, indien en voor zover het buitenland over de winst al progressief heeft geheven.[365] Anderzijds de mogelijkheid van een verrekening van de buitenlandse winstbelasting die aan de ontvangen voordelen is toe te rekenen. Hierbij kan dan nog onderscheid worden gemaakt tussen verrekening van de daadwerkelijk in het buitenland geheven winstbelasting dan wel de verrekening van een winstbelasting die geacht wordt overeen te komen met de Nederlandse OWB.
Heithuis heeft deze laatste oplossing – verrekening – als uitgangspunt genomen. Hij stelt voor om de particuliere ondernemer verrekening te geven voor de aan de winstuitdeling toe te rekenen buitenlandse belasting. Naar zijn zeggen kan een dergelijk systeem vrij eenvoudig ontworpen worden, temeer nu in traditionele verrekeningslanden hiermee al ruime ervaring is opgedaan.
Het direct verrekenen van buitenlandse winstbelasting staat naar mijn mening evenwel haaks op het indirecte imputatiestelsel dat de basis vormt van het onderhavige OWB-systeem. Voorts is het naar mijn mening in strijd met het uitgangspunt van de kapitaalimportneutraliteit dat Nederland nastreeft.
Mijn voorkeur voor een eenzijdige oplossing gaat om die reden uit naar de vrijstellingsmethode met grondslagvoorbehoud[366] voor de particuliere ondernemer, die geconfronteerd wordt met een verzwaring van zijn belastingdruk, als gevolg van de invoering van de OWB. Eventueel kan deze vrijstelling beperkt worden tot die situaties waarin het buitenland de winst heeft belast naar een tarief dat gelijk is of hoger dan het gemiddelde Nederlandse box 1-tarief. Nederland zal dan in het geval van winstuitkeringen (en waar nodig capital gains) eenzijdig een vrijstelling verlenen van de secundaire heffing. Hetzelfde heeft te gelden voor de box 1-heffing ter zake van de vergoeding voor tijdelijk verrichte arbeid welke valt binnen de uitzondering van art. 15, lid 2, OESO-Modelverdrag.

364 E.J.W. Heithuis, *Zonder aanziens des (rechts)persoons, de wet VPB 2007*, *De ondernemingswinstbelasting van de 21e eeuw,* inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer 2005.

365 Toepassing van het grondslagvoorbehoud heeft in deze oplossing overigens weinig nut aangezien het voorstel is om de secundaire heffing een proportioneel tarief te laten hebben. Uitgezonderd de situatie waarin sprake is van een vergoeding voor tijdelijke arbeid.

366 Dit grondslagvoorbehoud ziet op alle categorieën van inkomsten, bijvoorbeeld zowel rente als winstuitkeringen. Echter, per saldo zal het grondslagvoorbehoud met betrekking tot winstuitkeringen weinig hout snijden aangezien daarover secundaire heffing wordt geëffectueerd die uitgaat van een proportioneel tarief.

In de praktijk zal de 'eenzijdige vrijstellingsoplossing' neerkomen op het verlenen van een vrijstelling voor de secundaire heffing met betrekking tot participaties in een particuliere onderneming die is gevestigd in het buitenland.[367] Overigens zij wel opgemerkt dat het (her)onderhandelen van verdragen toegespitst op dit probleem, uiteraard ook altijd een optie blijft.

9.3.4 Verbetering of verslechtering

Een laatste aspect dat van belang is voor het beantwoorden van de vraag of invoering van het OWB-stelsel in grensoverschrijdende situaties op problemen stuit, betreft de eventuele verbetering of verslechtering voor zowel de belastingplichtigen als de Nederlandse schatkist in vergelijking tot de huidige situatie.
Voor wat betreft de kant van de particuliere ondernemer leidt eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in een aantal situaties in beginsel tot een verzwaring van de belastingdruk en dus een verslechtering, in vergelijking met de bestaande situatie. Thans is het zo dat het heffingsrecht over de door de particuliere ondernemer behaalde winst aan het buitenland is toegewezen en dat Nederland een vrijstelling verleent met toepassing van het grondslagvoorbehoud. Indien het uitgewerkte OWB-stelsel wordt ingevoerd, zal zulks ook het geval zijn, alleen heft Nederland na het behalen van de winst in een aantal gevallen nog bij over door de winstgenieter te ontvangen voordelen waardoor de drukverzwaring wordt gerealiseerd.
Voor de gevallen waarin een bestaande oplossing ontbreekt (*i.e.* dividenden en capital gains), betekent eenzijdige invoering van het OWB-stelsel dus in beginsel een verslechtering in vergelijking met de bestaande situatie. Betoogd is echter dat met het formuleren van een eenzijdige oplossing door Nederland dit nadeel alsnog voorkomen kan worden. Deze oplossing (vrijstelling met grondslagvoorbehoud door Nederland met betrekking tot heffing over de aanvullende voordelen) vormt evenmin een verslechtering voor de Nederlandse schatkist. Immers, onder de huidige wettelijke regelingen heeft de Nederlandse fiscus ook al niet de mogelijkheid om belasting te heffen, aangezien in de huidige situatie art. 7 OESO-Modelverdrag het heffingsrecht over de ondernemingswinst aan het buitenland verleent. Nederland heeft op dit moment dus evenmin een heffingsrecht met betrekking tot winsten van buitenlandse particuliere ondernemingen. Wel past Nederland bij de vrijstelling het grondslagvoorbehoud toe. Het resultaat van de bestaande wijze van voorkoming zal per saldo niet of nauwelijks verschillen van het resultaat dat wordt bereikt door het verlenen van vrijstelling met grondslagvoorbehoud in het onderhavige OWB-stelsel voor in het buitenland gegenereerde winst. Nederland is in de onderhavige toepassing van het OWB-stelsel dus niet beter of slechter af als thans het geval is.
Indien het buitenland een niet-verdragsland is, kan de voorgestelde wijze van voorkoming van dubbele belasting in het OWB-stelsel niet worden vergeleken met de huidige situatie onder het OESO-Modelverdrag, maar zal vergeleken dienen te worden met het BvdB 2001. Op grond van art. 9, lid 1 en 2 van dit besluit wordt voor buitenlandse ondernemingswinst – mits onderworpen in het buitenland – vrijstelling verleend met toepassing van het grondslagvoorbehoud. Gelijk als hiervoor is betoogd met betrekking tot een verdragssituatie, kan dientengevolge ook in deze niet-verdragssituatie worden betoogd, dat de wijze van voorkoming van dubbele belasting onder het OWB-stelsel (in de vorm van een vrijstelling) geen verslechtering betekent in vergelijking met de huidige situatie.
Als conclusie geldt mijns inziens dat invoering van het OWB-stelsel voor particuliere ondernemingen in het buitenland met in Nederland woonachtige winstgenieters niet tot nadelige gevolgen hoeft te leiden in vergelijking tot bestaande situaties, noch voor de particuliere ondernemer noch voor de schatkist van het rijk.

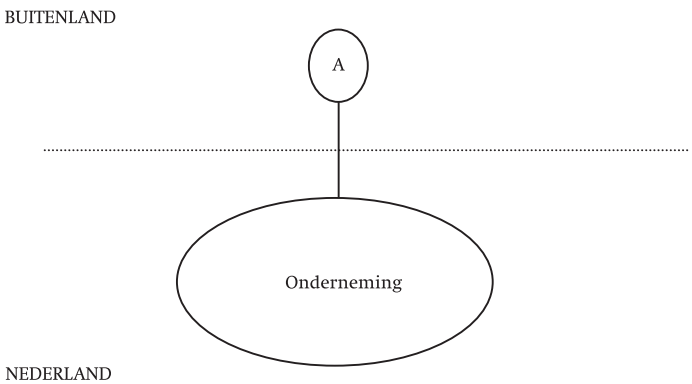
367 Uit het voorgaande onderdeel volgt dat voor wat betreft het loon mijns inziens geen oplossing noodzakelijk is omdat zich daar in de praktijk geen (economische) dubbele heffing zal voordoen, aangezien Nederland zowel op grond van de verdragen als op grond van het BvdB 2001 het heffingsrecht ontbeert. Nederland past hier de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud toe.

9.4 NATIONALE EN INTERNATIONALE BEHANDELING VAN WINST UIT ONDERNEMING GENOTEN DOOR EEN IN NEDERLAND GEVESTIGDE ONDERNEMING ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID VAN EEN IN HET BUITENLAND WOONACHTIGE WINSTGENIETER

9.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de volgende uitgangssituatie behandeld.

Uitgangssituatie
Belastingplichtige A (winstgenieter) woont feitelijk in het buitenland en drijft een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid die (feitelijk) in Nederland is gevestigd. Winstgenieter A is een natuurlijk persoon.



Ook hier geldt als uitgangspunt dat het buitenland het OWB-stelsel niet volgt en nog steeds uitgaat van de fiscale transparantie van de onderneming en de onmogelijkheid om als winstgenieter daarmee overeenkomsten te sluiten.
Gelijk als in de voorgaande paragraaf worden de fiscale gevolgen van deze grensoverschrijdende wijze van ondernemen beschreven. Het gaat hierbij in het bijzonder om de volgende vragen:
– op welke wijze behandelt het buitenland de voordelen die de onderneming behaalt en op welke wijze wordt omgegaan met het ten goede komen van deze winst, op enigerlei wijze, aan de achterliggende winstgenieter?
– op welke wijze worden deze voordelen door Nederland behandeld?
– is sprake van dubbele heffing of een verzwaarde belastingdruk en zijn er bestaande mogelijkheden om deze dubbele heffing te voorkomen of dienen oplossingen geformuleerd te worden?

Bij de behandeling worden dezelfde voordelen als in de voorgaande paragraaf behandeld. Hierbij geldt in alle gevallen wederom het uitgangspunt, dat iedere staat bij de toepassing van het belastingverdrag zijn eigen kwalificatieregels mag toepassen voor zover een verdragsrechtelijke invulling ontbreekt.

9.4.2 Nationale en internationale behandeling

9.4.2.1 *Winst behaald door de onderneming*
In deze uitgangssituatie ziet het buitenland een Nederlandse particuliere onderneming van een in zijn land woonachtige natuurlijk persoon (A). Indien dit buitenland een vergelijkbaar regime voor de inkomstenbelasting kent als het huidige Nederlandse inkomsten-

belastingregime, belast de buitenlandse fiscus A rechtstreeks ter zake van de door hem genoten wereldwinst.
Deze te belasten wereldwinst wordt vastgesteld zonder rekening te houden met de eventueel door winstgenieter A en zijn particuliere onderneming (naar Nederlands (fiscaal) recht) gesloten arbeidsovereenkomst. Inherent hieraan is dat als het buitenland winstgenieter A belast voor de ondernemingswinst (op grond van fiscale transparantie), de vergoedingen die verband houden met deze arbeidsovereenkomst niet in mindering komen op de aldus belaste winst.
Nederland zal echter eveneens belasting heffen van de in Nederland gevestigde onderneming. Er is immers sprake van een in materiële onderneming binnen het heffingsbereik van de Nederlandse fiscus en dientengevolge van een OWB-belastingsubject en bijgevolg zal over de ondernemingswinst worden geheven.
De fiscale behandeling in het buitenland samen met de Nederlandse heffing over de ondernemingswinst leidt tot ongewenste dubbele heffing in het bijzonder wat betreft de arbeidsvergoeding. Vraag is of een belastingverdrag hier voor voorkoming kan zorgen. Zowel Nederland als het buitenland zullen art. 7 OESO-Modelverdrag van toepassing achten. Hoofdregel van art. 7 OESO-Modelverdrag is dat winsten van een onderneming van een staat in de staat waar de onderneming inwoner is, belast zijn. Uitzondering geldt indien in de andere staat sprake is van een vaste inrichting. De vraag die al eerder is opgekomen, is wanneer sprake is van een 'onderneming van een verdragstaat'. Uit art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag kan worden opgemaakt dat daarmee wordt bedoeld een onderneming gedreven door een 'inwoner van een van de staten'. Voor het begrip 'inwoner' is het blijkens art. 4 OESO-Modelverdrag vervolgens van belang of sprake is van een persoon die een full tax liability kent.
Nederland zal van mening zijn dat de onderneming zelf als inwoner kwalificeert, gelet op de volledige onderworpenheid aan de OWB met als gevolg dat het heffingsrecht toekomt aan Nederland. In de onderhavige casus zal het buitenland evenwel van mening zijn dat A de inwoner is die de onderneming drijft en dat derhalve in eerste instantie het heffingsrecht toekomt aan dit buitenland. Toch zal het buitenland van zijn heffingsrecht afzien, namelijk indien en voor zover sprake is van een vaste inrichting in Nederland. Immers, uitzondering op de hoofdregel geldt indien in de andere staat sprake is van een vaste inrichting. Voor de invulling van dit begrip vaste inrichting dient te worden gekeken naar art. 5 OESO-Modelverdrag. Een onderneming gedreven in Nederland zal inderdaad – vanuit het buitenland gezien – kwalificeren als een vaste inrichting in de zin van die bepaling aangezien sprake is van de daarin vereiste 'fixed place of business'.
Het buitenland zal dus voorkoming verlenen omdat in Nederland sprake is van een vaste inrichting. Het risico van dubbele heffing lijkt dus te worden afgewend.
Ongeacht de wijze van voorkoming door het buitenland, speelt hier echter nog een risico dat kan leiden tot dubbele heffing. Het is immers denkbaar dat het woonland en het bronland verschillen over de interpretatie van de feiten. In het bijzonder over de invulling van de omvang van het ondernemingsvermogen, waarover Nederland het heffingsrecht heeft en het buitenland voorkoming zal verlenen. Het is mogelijk dat het buitenland in de onderhavige uitgangssituatie van mening is dat een bepaald vermogensbestanddeel geen deel uitmaakt van de vaste inrichting in Nederland, maar aan A (als 'hoofdhuis') toebehoort. Het buitenland zal zich dan gerechtigd zien geen voorkoming te geven voor de heffing over de voordelen die met dit vermogensbestanddeel worden gegenereerd. Aangezien Nederland de gehele onderneming in de OWB betrekt bestaat in zoverre het risico van dubbele heffing.
De enige oplossing voor dit probleem is naar mijn mening het aangaan van een mutual agreementprocedure. Verschillen in opvatting tussen de staten met betrekking tot het toerekenen van het vermogensbestanddeel aan de vaste inrichting, is overigens een probleem dat onder het huidige recht ook al bestaat en soms wordt opgelost door middel van een onderlinge overlegprocedure.[368]

368 Besluit 16 september 2002, nr. IFZ2002/715M, *NTFR* 2002/1474, *BNB* 2002/411.

Daarnaast dreigt in de onderhavige uitgangssituatie nog een ander probleem. Indien het buitenland de verrekeningsmethode toepast zal namelijk de laagste van de volgende twee bedragen worden verrekend. Ofwel het bedrag aan in Nederland betaalde belasting ofwel het bedrag aan buitenlandse belasting dat over deze ondernemingswinst verschuldigd zou zijn. Bij een strikte toepassing kan het buitenland zelfs stellen dat ten laste van winstgenieter A in het geheel geen belasting is geheven, zodat per saldo niets verrekend hoeft te worden. De OWB is immers ten laste van de onderneming geheven.
Bij toepassing van de verrekeningsmethode door het buitenland dreigt derhalve naast het risico dat het buitenland van mening is dat een bepaald bestanddeel buiten het vaste inrichtingvermogen valt, ook nog het risico van dubbele heffing in de omvang van de te verrekenen winstbelasting. Het belastingverdrag geeft hiervoor evenmin een oplossing.

Ingeval het buitenland geen verdragsland is, is eventuele juridische dubbele heffing ter zake van de ondernemingswinst afhankelijk van de vraag of het buitenland een eenzijdige regeling kent, vergelijkbaar met de Nederlandse BvdB 2001. Indien zulks niet het geval is en het buitenland inderdaad winstgenieter A belast voor zijn in het buitenland behaalde ondernemingswinst, zal sprake zijn van juridische dubbele heffing. Dit is evenwel niet een ander gevolg als onder het huidige recht en het buitenland de in Nederland geheven inkomstenbelasting niet verrekend.
Indien het buitenland wel een eenzijdige regeling kent, kan een probleem ontstaan indien het buitenland de verrekeningsmethode toepast. Gelijk als hierboven voor verdragssituaties is opgemerkt, dreigt dan de situatie dat er geen OWB wordt verrekend.
Tot slot wordt opgemerkt dat de dreiging van belastingverzwaring als gevolg van de eenzijdig door Nederland ingevoerde OWB-stelsel, ook kan spelen indien de aanvullende secundaire heffing en de heffing over de arbeidscomponent in de beoordeling worden meegnomen. Immers, Nederland heft naar de mening van het buitenland 'slechts' 30% OWB op het moment dat de ondernemingswinst wordt gemaakt. Het is dan heel wel denkbaar, indien het buitenland een (hoge) progressieve heffing kent vergelijkbaar met de huidige Nederlandse regeling, dat het buitenland bij toepassing van de verrekeningsmethode de Nederlandse OWB als uitgangspunt neemt, en dus nog eigen belasting bijheft. De Nederlandse aanvullende heffing over dergelijke voordelen leidt dan tot een ongewenste belastingverzwaring waarvoor het belastingverdrag geen uitkomst biedt. In de navolgende onderdelen wordt nader ingegaan op winstuitkeringen, capital gains, loon en ter beschikking stellen van vermogen in de onderhavige uitgangssituatie.

9.4.2.2 *Winstuitkering aan winstgenieter A*

Volgens de nationale regelgeving van het buitenland, wordt de winstuitkering aangemerkt als een onbelaste onttrekking en wordt ter zake geen belasting geheven. In de onderhavige situatie zal A volgens Nederlands fiscaal recht echter als buitenlands belastingplichtige in de secundaire heffing betrokken worden. Tezamen met de eerdere heffing van OWB bij de onderneming is vanuit Nederlandse optiek geen sprake van dubbele heffing. Temeer niet nu in het buitenland voorkoming wordt verleend ter zake van de belastingheffing over de ondernemingswinst.
Echter, indien het buitenland daarbij de verrekeningsmethode toepast, is deze conclusie niet in alle gevallen juist. Het is namelijk heel wel mogelijk dat het buitenland 'enkel' de geheven OWB verrekent en per saldo zijn eigen belasting bijheft, zodat wel sprake is van economische dubbele heffing.
Een cijfervoorbeeld ter verduidelijking:

> Stel, de door de onderneming behaalde winst bedraagt 1.000. Nederland kent een OWB van 30% en een secundaire heffing van 30%. Het buitenland kent een progressieve inkomstenbelasting die gemiddeld uitkomt op 45%. Nederland heft 300 aan OWB. Het buitenland zal 450 aan belasting willen heffen maar zal op grond van art. 7 jo. art. 23A OESO-Modelverdrag daar niet toe gerechtigd zijn.

Het buitenland geeft voorkoming van dubbele heffing in de vorm van verrekening en zal derhalve nog 150 aan eigen belasting heffen (450-300). Per saldo is dan 450 over de behaalde winst geheven.
Vervolgens gaat de onderneming over tot uitkering van de nettowinst, ad 550 waarover door Nederland nog 30% secundaire heffing wordt geheven (= 165). Per saldo is dan over de winst geheven 615. Een belastingdruk van 61,5% derhalve.

Een drukverzwaring derhalve, die feitelijk wordt veroorzaakt door de secundaire heffing die Nederland effectueert. Het is dus van belang om te bepalen of Nederland ter zake van de winstuitkeringen het heffingsrecht heeft. Meer in het bijzonder of deze uitkering onder art. 10 OESO-Modelverdrag kan worden begrepen.
Zoals in de voorgaande paragraaf al is opgemerkt, wordt onder dividend in de zin van art. 10 OESO-Modelverdrag verstaan een winstuitkering door een 'company' als bedoeld in art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag.[369] Indien de in Nederland gevestigde onderneming in de onderhavige uitgangssituatie onder de definitie valt van art. 3, lid 1, sub b, OESO-Modelverdrag, zal het dividendartikel dus van toepassing zijn.
In par. 9.2 is door mij reeds verdedigd dat indien de onderneming feitelijk in Nederland is gevestigd er inderdaad sprake is van een lichaam in de zin van het OESO-Modelverdrag, vanuit Nederlandse optiek.[370] Voor de spiegelbeeldige situatie, waarin door mij is ingegaan op de invulling van het begrip lichaam in de zin van art. 10 OESO-Modelverdrag, verwijs ik naar onderdeel 9.3.2b.
Toepassing van art. 10 OESO-Modelverdrag betekent dat Nederland ingevolge het tweede lid een beperkt heffingsrecht heeft van 15%. Zoals gesteld zal het buitenland ter zake van deze winstuitkering niets heffen en dientengevolge ook geen voorkoming verlenen. Immers, er is niets vrij te stellen, want het wordt al niet belast en verrekening met buitenlandse heffing is evenmin mogelijk aangezien de Nederlandse heffing nergens mee verrekend kan worden. De economische dubbele heffing wordt slechts door verdragstoepassing gedeeltelijk afgewend nu Nederland een beperkt heffingsrecht heeft.
Concluderend kan worden opgemerkt dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in de onderhavige uitgangsituatie voor winstuitkeringen alleen tot economische dubbele heffing leidt indien het buitenland voorkoming geeft door middel van verrekening. Of deze economische dubbele heffing bezwarend is, hangt af van het buitenlandse tarief waarmee de Nederlandse OWB wordt verrekend.
Treaty override speelt in dit opzicht mijns inziens overigens niet. Het is niet zo dat Nederland eenzijdig een heffingsrecht naar zich toe haalt ten koste van de andere verdragspartner. Anders gezegd de goede trouw van de verdragspartner wordt niet geschonden aangezien deze toch al geen heffingsrecht had ter zake van de in Nederland behaalde ondernemingswinst.

9.4.2.3 *Capital gains*

Indien de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt vervreemd, zal het buitenland de daarbij behaalde stakingswinst willen belasten bij A vergelijkbaar aan de huidige wijze waarop Nederland buitenlands belastingplichtige particulier ondernemers belast indien zij hun subjectieve onderneming beëindigen.
Indien Nederland het OWB-stelsel heeft ingevoerd, zal de Nederlandse fiscus eveneens willen heffen ter zake van deze vervreemding. Het betreft dan echter niet de 'stakingswinst' bij de onderneming aangezien het belastingsubject voor de OWB gewoon blijft bestaan maar de vervreemdingswinst die de winstgenieter behaalt. Nederland ziet een

369 Commentaar par. 3, onderdeel 24 bij art. 10.
370 Het is namelijk mogelijk dat een entiteit, niet zijnde een rechtspersoon, wel als lichaam kwalificeert indien het als zodanig voor de fiscale wetgeving wordt behandeld. Gelet op de zelfstandige belastingplichtig voor de OWB, kan naar mijn mening gesteld worden dat zulks inderdaad het geval is. Zie ook onderdeel 27 van het commentaar bij art. 10 waar een zelfde soort conclusie getrokken wordt voor partnerships die zelfstandig in de heffing worden betrokken.

buitenlands belastingplichtige winstgenieter, die een vervreemdingswinst behaalt met de verkoop van zijn belang in een onderneming. Hierover zal Nederlandse secundaire heffing verschuldigd zijn.
Vraag is of een belastingverdrag verzachting geeft. Het buitenland zal van mening zijn dat het hier gaat om een vervreemding als bedoeld in art. 13, lid 2, OESO-Modelverdrag. Ingevolge deze bepaling komt het heffingsrecht toe aan de bronstaat, Nederland in casu. Op grond van de saldobepaling van art. 7, lid 7, OESO-Modelverdrag zal het winstartikel niet van toepassing zijn.
Gelijk als in de voorgaande paragraaf is verdedigd in de spiegelbeeldige situatie, zal Nederland van mening zijn dat vervreemding van de participatie in de onderneming valt onder 'overige vermogensbestanddelen' als bedoeld in art. 13, lid 5, OESO-Modelverdrag. Het heffingsrecht komt in die visie toe aan de woonstaat, in casu het buitenland. Gevolg is dus dubbele voorkoming. Noch Nederland, noch het buitenland zullen hun heffingsrechten willen effectueren. Indien het buitenland de verrekeningsmethode hanteert, leidt deze dubbele voorkoming per saldo niet tot een voordeel. Immers, verrekend kan worden de in Nederland verschuldigde belasting. Echter, er is geen sprake van een in Nederland verschuldigde belasting – geen OWB omdat de onderneming zelf niet eindigt en geen secundaire heffing omdat Nederland meent daarover geen heffingsrecht te bezitten – zodat per saldo het buitenland met toepassing van de verrekeningsmethode zijn eigen heffing volledig kan effecturen.
De dubbele voorkoming levert een voordeel op ingeval de woonstaat voorkoming geeft in de vorm van een vrijstelling. Immers, dan wordt in het geheel niet over de vervreemdingswinst geheven.
Art. 23a, lid 4, OESO-Modelverdrag bevat evenwel voor deze laatste situatie een oplossing. Ingeval dubbele vrijstelling wordt verleend omdat beide staten bij toepassing van het verdrag van mening zijn dat het inkomensbelastingdeel vrijgesteld dient te worden, mag het woonland alsnog heffen.[371] Deze oplossing geldt echter alleen indien in het concrete bilaterale belastingverdrag een dergelijke bepaling is opgenomen. Echter, indien een dergelijke bepaling ontbreekt, kan mogelijkerwijs een mutual agreement procedure (art. 25 OESO-Modelverdrag) nog uitkomst bieden.
Met betrekking tot de heffing van capital gains betekent eenzijdige invoering van het OWB-stelsel door Nederland, niet dat sprake is van het ontstaan van economische dubbele heffing in het geval van een belastingverdrag. Echter, wel ontstaat de kans dat sprake is van een dubbele vrijstelling, indien het buitenland de vrijstellingsmethode toepast. Deze dubbele vrijstelling kan slechts worden voorkomen indien het concrete belastingverdrag een bepaling bevat als bedoeld in art. 23a, lid 4, OESO-Modelverdrag.

9.4.2.4 *Loon*

Indien de onderneming loon uitkeert op grond van de in het OWB-stelsel opgenomen fiscale fictie, zal het buitenland hierover geen belasting heffen. Reden is dat het buitenland de dienstbetrekking tussen de ondernemer en zijn particuliere onderneming niet erkent en derhalve niets meer ziet dan een onbelaste onttrekking.
Nederland zal op grond van zijn nationale heffingstelsel over het aan A uitgekeerde loon wel inkomstenbelasting heffen. A zal als buitenlands belastingplichtige in de heffing van box 1 betrokken worden op gelijke wijze als voortvloeit uit art. 7.2, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001.
De buitenlandse heffing over de ondernemingswinst tezamen met de Nederlandse heffing over de ondernemingswinst en het loon, leidt in bepaalde gevallen tot economische dubbele druk. Oorzaak is de wijze waarop voorkoming van dubbele belasting wordt verleend in een verdragssituatie. Heffingsrechten over ondernemingswinst worden, zoals eerder al opgemerkt, verdeeld volgens de regels van art. 7 OESO-Modelverdrag. Op grond van deze bepaling heeft de Nederlandse fiscus in de onderhavige uitgangssituatie het volledige heffingsrecht. De dubbele heffing ontstaat in die gevallen waarin het buitenland voorkoming

371 In dezelfde zin onderdeel 56.1 van het commentaar bij art. 23A OESO-Modelverdrag.

verleent door toepassing van de verrekeningsmethode, gelijk als hiervoor is betoogd met betrekking tot winstuitkeringen. De economische dubbele druk wordt veroorzaakt door de wijze waarop het buitenland de te verrekenen belasting vaststelt in samenhang met de aanvullende Nederlandse heffing over het loon. Het buitenland ziet 'slechts' de OWB van 30% en zal deze verrekenen. De Nederlandse aanvullende box 1-heffing over het loon is extra en levert de drukverzwaring op. Bijkomend nadeel in dit verband is dat het buitenland de aftrek van loonkosten bij het bepalen van de belastbare winst niet erkent. De winst waarover het buitenlandse heffing wordt berekend waarmee de Nederlandse OWB zal worden verrekend, is inclusief de loonkosten. Een voorbeeld ter verduidelijking.

> Uitgangspunt is de situatie waarbij A loon geniet van de in Nederland gevestigde onderneming. Stel dat het buitenland een tarief hanteert voor winsten van particuliere ondernemingen, dat vergelijkbaar is aan het Nederlandse box 1-tarief. Nederlandse OWB is 30%. In enig jaar bedraagt de ondernemingswinst 100 en de loonkosten 10. Op grond van de Nederlandse regelgeving zal OWB worden geheven over deze ondernemingswinst minus de loonkosten aangezien het op grond van een fictie mogelijk is dat de particuliere ondernemer in dienstbetrekking staat tot zijn onderneming. Nederland heft dan 27 OWB (30% van 100-10) en is daartoe ook gerechtigd op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag.
> Het buitenland ziet evenwel alleen de winst die behaald is door de buitenlandse onderneming van zijn binnenlands belastingplichtige. Ervan uitgaande dat het buitenland de gehele winst van 100 toerekent aan de vaste inrichting zal het de winst van 100 belasten tegen 50% derhalve 50 aan belasting. Met deze 50 zal 'slechts' de Nederlandse winstbelasting worden verrekend aangezien het buitenland de heffing over de loonkosten niet ziet. Het buitenland kent de mogelijkheid immers niet om een arbeidsovereenkomst met de 'eigen' particuliere onderneming aan te gaan. Derhalve zal het buitenland nog 23 (50-27) bijheffen. Vervolgens heft Nederland nog eens inkomstenbelasting volgens de grondslagen van box 1 over het loon. Dit levert een heffing op van 50% over 10 = 5. In totaal is de belastingdruk derhalve 55%.

Het is de vraag of de Nederlandse heffing over het loon mogelijk verhinderd wordt door toepassing van een belastingverdrag.
Met betrekking tot de mogelijke verdragstoepassing zal art. 15, lid 1, OESO-Modelverdrag doorslaggevend zijn. Het is dan allereerst van belang om te bepalen of het loon in de onderhavige situatie wel loon is in de zin van deze verdragsbepaling. Er wordt immers loon genoten als gevolg van een door Nederland ingevoerde fictie. Gelet op het feit dat het begrip loon niet is gedefinieerd in het verdrag, wordt de invulling daarvan overgelaten aan de nationale wetgeving van de desbetreffende staten.[372] Nu de vergoeding volgens Nederlands nationaal recht wordt aangemerkt als loon, wordt deze loonbetaling mijns inziens onder het begrip loon in de zin van art. 15 OESO-Modelverdrag begrepen.
In het eerste lid van deze bepaling staat de hoofdregel: het loon is slechts belastbaar in de staat waar de genieter inwoner is, uitgezonderd de situatie dat de werkzaamheden elders worden uitgevoerd.[373] In dat laatste geval heeft de bronstaat het heffingsrecht. De woonstaat zal in dat geval voorkoming moeten verlenen.
Toepassing van deze bepaling op de onderhavige uitgangssituatie impliceert dat Nederland het heffingsrecht over het loon heeft. De eerder geconstateerde verzwaring van de belastingdruk, die ontstaat indien het buitenland de verrekeningsmethode hanteert voor de ondernemingswinst en Nederland vervolgens aanvullend heft, wordt door het belastingverdrag dus niet verminderd.

372 Zie art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag.
373 In het tweede lid van deze bepaling is een uitzondering op deze regel geformuleerd voor tijdelijke arbeid doch deze laat ik hier verder buiten beschouwing, aangezien Nederland in die situatie geen heffingsrecht heeft en er dus ook geen drukverzwaring optreedt.

In dit verband dient nog wel aandacht te worden besteed aan de fictiefloonarresten van 5 september 2003 en de vraag of deze mogelijk de Nederlandse heffing over het loon verhinderen. Uit de fictiefloonarresten volgt dat in beginsel bij het uitleggen van verdragstermen e.d. een dynamische interpretatie wordt gevolgd. Indien een begrip niet is gedefinieerd in het verdrag, zal op grond van art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag de nationale wetgeving doorslaggevend zijn. Indien na het sluiten van het verdrag de nationale wetgeving zodanig wordt gewijzigd dat de definiëring van een verdragsterm, waarvoor ingevolge art. 3, lid 2, OESO-Modelverdrag wordt verwezen naar de nationale wetgeving, eveneens een wijziging doormaakt, is het de vraag of dit is toegestaan en deze wijziging inderdaad doorwerkt naar de verdragstoepassing.
Volgens de fictiefloonarresten is een dergelijk gevolg inderdaad toegestaan op grond van de dynamische interpretatie. De Hoge Raad heeft zelfs bepaald dat hierbij gebruik mag worden gemaakt van forfaits en ficties, mits de nationale wetgever daardoor niet eenzijdig het heffingsrecht over inkomsten naar zich toetrekt, die naar hun aard onder een ander verdragsartikel vallen dat het heffingsrecht niet aan Nederland toewijst.[374] Voor een dergelijke nationale wetswijziging biedt het verdrag volgens de Hoge Raad geen ruimte.
Toegepast op de onderhavige situatie levert dit het volgende op. Naar mijn mening kan de eenzijdige invoering van de fiscale fictie dat een particuliere onderneming een arbeidsovereenkomst aan kan gaan met zijn participant, niet worden aangemerkt als het door Nederland naar zich toe trekken van heffingsrechten. Immers, indien de fictie niet van toepassing is, zouden deze arbeidsinkomsten deel (blijven) uitmaken van de winst behaald door de in Nederland gevestigde onderneming. Nederland zou op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag het volledige heffingsrecht hebben over deze winst. Er zou geen aftrek worden genoten en evenmin bij uitkering een aanvullende heffing plaatsvinden. Door invoering van het OWB-stelsel wordt per saldo een zelfde situatie gecreëerd alleen vindt de heffing in twee heffingen plaats in plaats van één heffing.[375] Mijns inziens haalt Nederland dus niet eenzijdig een heffingsrecht naar zich toe. Kortom, de fictiefloonarresten zullen Nederland niet verhinderen om de dienstbetrekkingfictie ook voor verdragsdoeleinden toe te passen.
Conclusie naar aanleiding van het voorgaande is mijns inziens het volgende. Eenzijdige invoering van het OWB-stelsel betekent in de onderhavige uitgangssituatie een economische dubbele heffing indien loon wordt uitgekeerd aan de in het buitenland woonachtige winstgenieter A. Deze dubbele heffing doet zich alleen voor indien het buitenland verrekening geeft met betrekking tot de juridische dubbele belasting over de ondernemingswinst. De Nederlandse heffing over de loonbaten na toepassing van deze verrekening veroorzaakt de drukverzwaring.
Deze heffing over het loon wordt niet door enig verdragsartikel verhinderd. Deze conclusie luidt alleen anders indien het buitenland een winstbelasting heft die lager ligt dan de Nederlandse OWB. In dat geval zal het buitenland na toepassing van de verrekeningsmethode niets meer bijheffen, aangezien de Nederlandse heffing hoger is dan de buitenlandse heffing.

9.4.2.5 *Ter beschikking stellen van vermogen*

Voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de eigen particuliere onderneming levert invoering van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in beginsel weinig verandering op in vergelijking met de bestaande situatie.
Indien vermogensbestanddelen aan de in Nederland gevestigde onderneming ter beschikking worden gesteld, worden deze tot het Nederlandse ondernemingsvermogen gerekend. De daarmee behaalde voordelen vormen ondernemingswinst, die zowel door Nederland in de heffing wordt betrokken als door het buitenland.

374 Zie r.o. 3.4.2.
375 De wijze waarop dit heffingsrecht vervolgens wordt geëffectueerd is voor de beoordeling niet meer van belang.

De juridische dubbele heffing die ontstaat, wordt voorkomen door art. 7 OESO-Modelverdrag. Nederland heeft het volledige heffingsrecht en het buitenland dient voorkoming te verlenen. Enig probleem hierbij is – zoals eerder al opgemerkt – indien Nederland en het buitenland niet een gelijk standpunt innemen met betrekking tot de omvang van het vaste-inrichtingsvermogen. Het is mogelijk dat het buitenland van mening is dat het in gebruik gegeven vermogensbestanddeel geen deel uitmaakt van het Nederlandse ondernemingsvermogen. Het buitenland zal dan in zoverre geen voorkoming verlenen. Dit is evenwel niet anders dan thans het geval is. Ook nu bestaat de mogelijkheid dat twee staten verschillen over de interpretatie van bepaalde feiten.
De enige verandering die hier optreedt, is de wijze waarop Nederland deze door een particuliere onderneming behaalde winst belast. De heffing is in twee afzonderlijke heffingen verdeeld. Eerder in dit hoofdstuk werd al aangegeven dat als gevolg hiervan mogelijk economische dubbele heffing ontstaat, indien het buitenland voorkoming geeft in de vorm van verrekening. De kans bestaat dat alleen de OWB-heffing wordt verrekend en mogelijkerwijs zelfs die niet. Het daaropvolgend effectueren van de Nederlandse secundaire heffing zou dan een extra heffing betekenen en in die zin een economische dubbele heffing. Deze dreiging heeft ook zijn uitwerking op de vermogensbestanddelen die verplicht ondernemingsvermogen vormen.
Treaty override is hier mijns inziens evenwel niet aan de orde aangezien Nederland geen heffingsrecht naar zich toe haalt waar zij aanvankelijk geen recht op had. Integendeel Nederland staat zelfs een deel van zijn heffingsrecht af aan het buitenland indien dit een verrekeningsland was. In de huidige situatie zal Nederland heffen ter zake van de vermogensbestanddelen die deel uitmaken van het vaste inrichtingsvermogen in Nederland. Onder het OWB-stelsel zal Nederland echter van mening zijn dat zij ter zake van de vervreemding van deze 'overige vermogensbestanddelen' geen heffingsrecht bezit en zal derhalve van heffing afzien.

9.4.3 Wenselijk recht oftewel nieuwe oplossingen die deel uitmaken van het OWB-stelsel

Uit het vorenstaande volgt dat in de onderhavige uitgangssituatie (*i.e.* Nederlandse particuliere onderneming met in het buitenland woonachtige winstgenieter) eenzijdige invoering van het OWB-stelsel tot (juridische en/of economische) dubbele heffing kan leiden. De juridische dubbele heffing dreigt bijvoorbeeld in niet-verdragssituaties aangezien in dat geval zowel Nederland als het buitenland over de ondernemingswinst zal heffen en er geen verdrag is dat voor voorkoming van deze dubbele heffing zorgt. Of sprake is van voorkoming, is dan afhankelijk van de vraag of het buitenland een eenzijdige regeling kent vergelijkbaar aan het Nederlandse BvdB 2001. Dit is evenwel onder het huidige recht niet anders.
In verdragssituaties dreigt wel economische dubbele heffing in een aantal specifieke situaties, die in vergelijking met het bestaande systeem een verslechtering betekenen. Indien het buitenland een vrijstellingsland is speelt dit niet, maar wel als het een verrekeningsland is. De economische dubbele heffing wordt dan veroorzaakt doordat het buitenland 'slechts' de OWB verrekent en Nederland vervolgens nog afzonderlijk (aanvullend als het ware) heft over de winstuitkeringen en het loon. Gevolg is een dreigende drukverzwaring in vergelijking tot het bestaande systeem veroorzaakt door de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel.
Anderzijds ontstaat voor belastingplichtige in de onderhavige uitgangssituatie, ook de mogelijkheid van een heffingsvoordeel. Het betreft de vervreemdingswinsten waarvoor een dubbele vrijstelling wordt verleend indien het buitenland een vrijstellingsland is. Dit voordeel is niet aan de orde als het een verrekeningsland is en wordt in alle gevallen teruggenomen indien het desbetreffende verdrag een bepaling bevat overeenkomstig art. 23a, lid 4, OESO-Modelverdrag.
Dit voordeel voor de belastingplichtige is tegelijkertijd een nadeel voor de Nederlandse schatkist. Immers, onder het huidige recht betekent het vervreemden van de onderne-

ming, het behalen van ondernemingswinst die op grond van art. 7 OESO-Modelverdrag aan Nederland is toegewezen. Nederland belast A thans als buitenlandse belastingplichtige binnen box 1. Eenzijdige invoering van het OWB-stelsel betekent echter dat Nederland zijn heffingsrecht ter zake ziet verdwijnen.

9.4.4 Verbetering en verslechtering

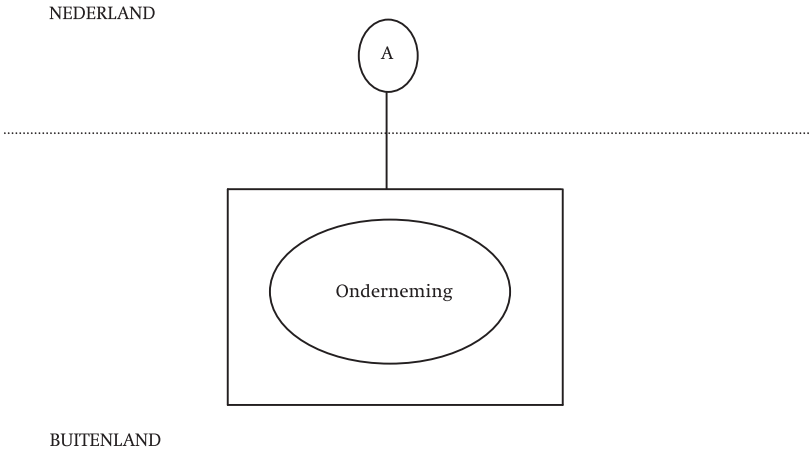
Naar aanleiding van het voorgaande kan bepaald worden of eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in de onderhavige uitgangssituatie een verslechtering betekent in vergelijking tot het bestaande fiscale regime. Mijns inziens ontstaat als gevolg van de dubbele heffing die hiervoor is beschreven, inderdaad in een aantal gevallen een mogelijke verslechtering. Het feit dat geen eenzijdige oplossing wordt geboden, maakt deze conclusie compleet.
Dit wil echter niet zeggen dat invoering van het OWB-stelsel gelet op de internationale consequenties niet haalbaar is. Belangrijkste argument voor de stelling dat invoering toch haalbaar is, is dat de verslechtering een beperkt aantal situaties betreft. Ten eerste moet het gaan om situaties waarbij het buitenland de verrekeningsmethode toepast. Bij toepassing van de vrijstellingsmethode speelt het probleem niet. Ten tweede ontstaat in een specifieke situatie, d.w.z. bij de realisatie van een capital gain terwijl het buitenland vrijstelling verleent, een voordeel in vergelijking tot de bestaande situaties onder het huidige recht. Deze voor- en nadelen tegen elkaar afwegend, ben ik van mening dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in de onderhavige uitgangssituatie niet tot een dusdanige verzwaring van de heffing leidt, dat die verzwaring aan de haalbaarheid van het stelsel in de weg zou staan.

9.5 INTERNATIONALE GEVOLGEN VOOR ONDERNEMINGEN MET RECHTSPERSOONLIJKHEID

9.5.1 Inleiding

In deze paragraaf zal (globaal) worden ingegaan op de internationale behandeling van grensoverschrijdend ondernemen met een onderneming gedreven door een rechtspersoon onder het voorgestelde OWB-stelsel. Voorafgaand kan reeds worden opgemerkt dat, zoals hierna zal worden uitgewerkt, voor deze situaties weinig verschil zal optreden in vergelijking met de bestaande situatie. Vanuit die invalshoek zal invoering van het OWB-stelsel dus weinig problemen opleveren. Voor de volledigheid worden de gevolgen in het navolgende toch kort uiteengezet.
Enige wijziging die een eenzijdige invoering van het OWB-stelsel teweegbrengt, is de voorgestelde fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan de onderneming door een kwalificerend ‘persoon’. Op deze wijziging wordt hierna dieper ingegaan.

9.5.1.1 *Nederlandse winstgenieter van een in het buitenland gevestigde onderneming algemeen*



Het buitenland zal zowel een winstbelasting heffen over de door de onderneming behaalde winst, als een bronheffing over de winstuitkering aan de in Nederland woonachtige winstgenieter. Voorts is het niet ondenkbaar dat bij een eventuele vermogenwinst winstgenieter A door het buitenland wordt belast. Ook bij uitkering van andere vergoedingen, bijvoorbeeld rente of loon, zal het buitenland willen heffen.
Nederland zal echter ook willen heffen. Geen OWB ter zake van de door de onderneming behaalde winst aangezien er geen sprake is van een OWB-belastingsubject in Nederland[376], maar wel secundaire heffing bij A indien de onderneming winst uitkeert of indien A zijn participatie vervreemdt en daarbij een vermogenswinst realiseert. Voorts zal Nederland A, als binnenlands belastingplichtige, op grond van de nationale toepassing van het OWB-stelsel en de Wet IB 2001 voor zijn eventuele looninkomsten belasten in box 1 naar een progressief tarief.

Er dreigt juridische dubbele heffing met betrekking tot de winstuitkeringen en vervreemdingswinsten. Een belastingverdrag zal hier uitkomst moeten bieden en bij het ontbreken daarvan eventueel een Nederlandse eenzijdige regeling. Deze wijze van voorkoming van dubbele belasting wijkt echter niet af van hetgeen thans gebruikelijk is bij rechtspersonen.

9.5.1.2 *Ter beschikking stellen van onroerend goed*

In dit onderdeel en het volgende wordt ingegaan op de gevolgen van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen in de onderhavige uitgangssituatie. Hierbij zullen de twee meest voorkomende vormen aan de orde worden gesteld; onroerend goed en een geldlening. Voor een uiteenzetting van de fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogen aan de onderneming in het OWB-stelsel wordt verwezen naar onderdeel 8.2.2 van hoofdstuk 7. Voor wat betreft de fiscale behandeling in het buitenland wordt aangenomen dat het buitenland voor het ter beschikking stellen van vermogen een vergelijkbare bepaling kent als de systematiek van de inkomsten uit vermogen zoals die onder de Wet IB 1964 gold.[377]

376 Zowel de rechtspersoon als de onderneming bevindt zich feitelijk in het buitenland met als gevolg dat een aanknopingspunt (in de vorm van een belastingsubject) voor de heffing van OWB ontbreekt. Evenmin is in deze uitgangssituatie in Nederland sprake van een vaste inrichting.

377 Progressieve heffing met een toptarief van 52% ter zake van het voordeel dat uit het vermogensbestanddeel wordt betrokken. Dit betekent overigens dat vermogenswinsten onbelast zullen zijn.

Indien A in de onderhavige uitgangssituatie een pand ter beschikking stelt aan het buitenlandse lichaam dat de onderneming drijft, zal in de meeste gevallen het pand in het buitenland zijn gelegen. Het zal veelal gaan om het bedrijfspand waarin de buitenlandse onderneming wordt gedreven. De Nederlandse fiscus zal de voordelen die behaald worden met deze onroerende zaak eveneens willen belasten, door het ter beschikking stellen bij fictie aan te merken als een onderneming. Afhankelijk van het belastingregime in het buitenland is het mogelijk dat ook de buitenlandse fiscus de capital gain en eventuele huurinkomsten wil belasten. In de onderhavige uitgangssituatie zal feitelijk alleen secundaire heffing kunnen worden geëffectueerd, aangezien een OWB-belastingsubject ontbreekt nu de fictieve TBS-onderneming in het buitenland ligt. Resteert volgens Nederlands nationaal recht enkel de secundaire heffing op het moment dat de winsten uit de fictieve TBS-onderneming aan A toekomen.
Het buitenland zal daarentegen de voordelen rechtstreeks bij A belasten als eigenaar van het onroerend goed. Ook nu speelt weer de vraag of een belastingverdrag verzachting van deze (economische) dubbele heffing kan verlenen.
Het buitenland zal van mening zijn dat zij het heffingsrecht bezit, op grond van art. 6, lid 1, OESO-Modelverdrag. Ingevolge deze bepaling zijn de inkomsten uit onroerend goed 'slechts' belastbaar in de staat waar het onroerend goed is gelegen met als gevolg dat A door het buitenland wordt belast.
Nederland zal zich bij de verdragstoepassing richten op de winstuitkeringen uit de fictieve onderneming en dan in het bijzonder op de vraag welk verdragsartikel – 6, 7, 10 of 21 OESO-Modelverdrag – van toepassing is.
Mijns inziens wordt aan de toepassing van art. 10 OESO-Modelverdrag niet toegekomen. Eerder betoogde ik al dat de voor deze bepaling vereiste 'company' in de zin van het OESO-Modelverdrag, ontbreekt.[378] Immers, het ter beschikking stellen van onroerend goed wordt door het buitenland niet als zelfstandige onderneming in de heffing betrokken. Toepassing van art. 10 OESO-Modelverdrag is dus niet mogelijk.
Vanuit Nederlandse optiek wordt evenmin toegekomen aan de toepassing van art. 6 OESO-Modelverdrag. Invoering van het OWB-stelsel betekent immers dat volgens het Nederlandse nationale recht het ter beschikking gestelde onroerende goed kwalificeert als TBS-onderneming en dus als OWB-subject waaruit met secundaire heffing belaste winstuitkeringen kunnen komen.
Het enige artikel dat dan resteert, is het saldoartikel (art. 21 OESO-Modelverdrag). Dit artikel bepaalt dat het heffingsrecht wordt toegewezen aan de woonstaat indien geen van de andere verdragsartikelen van toepassing zijn geweest. Gevolg is dat Nederland, vanuit nationale optiek, de secundaire heffing kan effectueren.[379] In vergelijking met de huidige fiscale behandeling van ter beschikking gesteld onroerend goed, is deze uitwerking geen verslechtering voor de staatskas maar wel voor de belastingplichtige. Immers, onder het huidige recht mist de Nederlandse fiscus het heffingsrecht en zal het buitenland de inkomsten uit het onroerend goed belasten. Onder het OWB-stelsel zal Nederland secundair heffen, hetgeen een verzwaarde belastingdruk oplevert. Uitzondering geldt indien de Nederlandse secundaire heffing in de praktijk blijkt te sneuvelen als gevolg van treaty override.
In het geval een belastingverdrag ontbreekt, wordt de economische dubbele heffing evenmin voorkomen. Om dezelfde redenen als vorenstaand zal art. 9, lid 1, sub d, van het BvdB 2001 niet van toepassing zijn. Geen van de andere artikelen in het BvdB 2001 biedt uitkomst zodat ook in niet-verdragssituaties een verzwaarde belastingdruk ontstaat in vergelijking met de bestaande situatie.
Mijns inziens is het verdedigbaar dat Nederland, gelet op deze verslechtering, eenzijdig een vrijstelling (met toepassing van grondslagvoorbehoud) gaat verlenen indien het gaat

378 Zie par. 1.3 bij het commentaar op art. 3 OESO-Modelverdrag in samenhang met onderdeel 27 bij het commentaar op art. 10 OESO-Modelverdrag.
379 Wellicht ten overvloede merk ik hier op dat als het saldoartikel niet geldt, Nederland door het verdrag niet wordt gehinderd in zijn heffingsrecht.

om voordelen die worden behaald met onroerend goed dat in het buitenland is gelegen. Immers, de belastingverzwaring wordt ook eenzijdig door Nederland veroorzaakt. Deze vrijstelling zal de secundaire heffing betreffen. Aan heffing van OWB ter zake van de fictieve TBS-onderneming wordt niet toegekomen aangezien deze geacht wordt in het buitenland te zijn gelegen nu het onroerend goed in het buitenland ligt. Dientengevolge ontbreekt een OWB-belastingsubject in Nederland.
Tot slot kan in dit verband worden opgemerkt dat eenzelfde conclusie geldt indien de persoon die ter beschikking stelt niet de winstgenieter zelf is, doch een met hem verbonden persoon.

9.5.1.3 *Ter beschikking stellen van een lening aan de in het buitenland gevestigde onderneming van de rechtspersoon*

Dezelfde problematiek als bij het ter beschikking stellen van onroerend goed, speelt bij een vordering op het buitenlandse lichaam. Het buitenland zal A als crediteur belasten, ervan uitgaande dat het buitenland een stelsel voor inkomsten uit vermogen kent, zoals Nederland dat tot 1 januari 2001 toepaste bij de heffing van inkomstenbelasting. Gevolg is dat het buitenland voordelen die met deze vordering worden behaald (*i.e.* rente) zal willen belasten. Echter, Nederland zal eveneens deze voordelen willen belasten door de vordering bij fictie aan te merken als een onderneming en derhalve als een OWB-belastingsubject. Ik stel mij hier op het standpunt dat Nederland in deze situatie enkel tot secundaire heffing bij winstgenieter A zal overgaan. Naar mijn mening zal de fictieve TBS-onderneming namelijk naar Nederlandse maatstaven in het buitenland zijn gelegen. Mijn assumptie is dat de terbeschikkingstelling daar plaatsvindt waar de onderneming is gevestigd. Steun voor dit uitgangspunt ontleen ik aan de huidige bepaling die Nederland hanteert voor het ter beschikking stellen door buitenlands belastingplichtigen als bedoeld in art. 7.2, lid 3, Wet IB 2001.[380] In die bepaling is, na onduidelijkheid omtrent de reikwijdte, uitdrukkelijk aangegeven dat alleen dan sprake is van ter beschikking stellen *in Nederland* indien het gaat om ter beschikking stellen aan het in Nederland gelegen deel van een onderneming. Anders gezegd indien niet ter beschikking wordt gesteld aan een in Nederland gelegen deel van een onderneming, is er geen aanknopingspunt voor de Nederlandse fiscus. Toegepast op de onderhavige uitgangssituaties, is het mijns inziens niet ondenkbaar dat de fictieve TBS-onderneming geacht wordt daar te zijn gevestigd waar de onderneming waaraan het vermogensbestanddeel ter beschikking wordt gesteld, is gelegen. In casu derhalve in het buitenland. Resteert vanuit Nederlandse benadering alleen secundaire heffing.
De buitenlandse heffing van inkomstenbelasting over de voordelen behaald met de vordering tezamen met de secundaire heffing door Nederland leveren een ongewenste juridische dubbele heffing op.
Toepassing van een belastingverdrag levert het volgende op.
Het buitenland zal art. 11 OESO-Modelverdrag van toepassing achten. De rente betaald op de vordering is immers – in de visie van het buitenland – 'interest' als bedoeld in art. 11, lid 3, OESO-Modelverdrag waarvan A de ontvanger is. Op grond van lid 2 van ditzelfde artikel heeft het buitenland een beperkt heffingsrecht en mag een bronheffing toepassen van 10%.
Toepassing van het belastingverdrag door Nederland, spitst zich toe tot de vraag of art. 10 OESO-Modelverdrag van toepassing is, of art. 11 van ditzelfde verdrag. Toepassing van art. 10 OESO-Modelverdrag ketst ook hier af op het begrip 'company'.[381]
Toepassing van art. 11 OESO-Modelverdrag lijkt door de Nederlandse herkwalificatie als gevolg van het OWB-stelsel echter ook moeilijk. Vanuit Nederland bezien is geen sprake van *income from debt claim.* Nederland zou wel het saldoartikel kunnen toepassen (art. 21

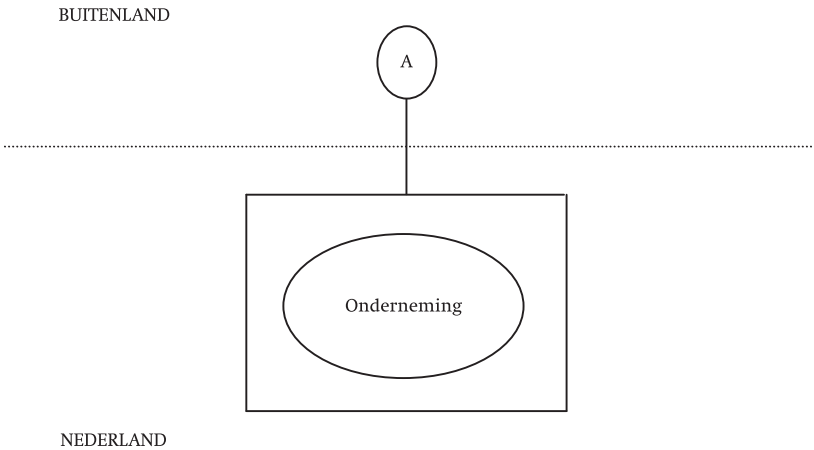
380 Memorie van toelichting bij aanvulling op art. 7.2, lid 3, Wet IB 2001, Kamerstukken II, 2001-2002, 28 487, nr. 3, p. 31-32.
381 Zie hiervoor bij het ter beschikking stellen van onroerend goed.

OESO-Modelverdrag) en zich het volledige exclusieve heffingsrecht toedichten. Nadeel is dat dan geen rekening wordt gehouden met de bronheffing in het buitenland.
Mijns inziens bestaat de kans dat deze herkwalificatie door Nederland als gevolg van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel met de beschreven gevolgen kan worden aangemerkt als 'ongeoorloofde treaty override'. Nederland haalt door een eenzijdige wetswijziging heffingsrechten naar zich toe waar de staten bij het sluiten van het verdrag niet vanuit zijn gegaan. Oorspronkelijke bedoeling was immers afwikkelen op grond van het interestartikel waarbij Nederland rekening zou houden met de buitenlandse bronheffing van 10%.
Gelet op deze treaty override ben ik van mening dat eenzijdige invoering van het OWB-stelsel in de onderhavige uitgangssituatie niet betekent dat de fictie doorwerkt naar het verdrag. De verdeling van heffingsrechten zal plaatsvinden volgens de regels van art. 11 OESO-Modelverdrag hetgeen het buitenland het recht geeft op een bronheffing van 10% en Nederland het recht geeft om de secundaire heffing te effectueren waarbij rekening moet worden gehouden met deze bronheffing. In vergelijking met de bestaande situatie betekent dit een voordeel voor de belastingplichtige en een nadeel voor de staatskas. Thans zal Nederland eveneens voorkoming van de bronheffing verlenen, doch vervolgens A belasten binnen box 1 met als toptarief 52%. Invoering van het OWB-stelsel betekent echter dat Nederlandse 'slechts' de secundaire heffing ter zake zal effectueren.
In dit verband merk ik nog op dat indien het concrete belastingverdrag is gebaseerd op het interestartikel van het NSV, het buitenland helemaal geen heffingsrecht toekomt. Het heffingsrecht is geheel gelegen bij de Nederlandse fiscus die vervolgens vrij is in de wijze waarop hij dit wil effectueren. Het probleem van treaty override speelt dan niet.
Onder toepassing van het BvdB 2001 is deze conclusie niet anders, aangezien op grond van art. 15 BvdB 2001 alleen maar verrekening van bronbelasting wordt verleend indien het een ontwikkelingsland betreft. Nederland kan de secundaire heffing dus gewoon voortzetten.

9.5.2 Conclusie ter zake van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen

De eenzijdige invoering van de fictie door Nederland dat het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen onder omstandigheden een fictieve TBS-onderneming is, heeft in de onderhavige uitgangssituatie mogelijk nadelige gevolgen. Door mij is evenwel verdedigd dat Nederland in dit geval eenzijdig vrijstelling van secundaire heffing dient te verlenen.
Indien het een vordering betreft, is verdedigd dat er wel een wijziging optreedt, zij het dat dit in het voordeel van belastingplichtige zal zijn aangezien deze enkel nog geconfronteerd zal worden met de secundaire heffing, waarbij onder omstandigheden rekening wordt gehouden met de in het buitenland geheven bronheffing van 10%. Onder het huidige recht wordt deze vordering tot de grondslag van box 1 gerekend en per saldo belast tegen een tarief van maximaal 52%. De enkele secundaire heffing waarbij nog eens rekening wordt gehouden met de buitenlandse bronheffing, is gunstiger.
Tot slot kan in dit verband worden opgemerkt dat mijns inziens art. 9 OESO-Modelverdrag in deze situatie niet van toepassing is. Art. 9 OESO-Modelverdrag spreekt expliciet over de situatie waarbij twee ondernemingen zijn betrokken die met elkaar handelen en die in beide betrokken staten als onderneming worden aangemerkt. De fictieve kwalificatie als onderneming door Nederland wordt door het buitenland evenwel niet erkend. Gevolg is dat dit artikel niet van toepassing is.

9.5.3 Buitenlandse winstgenieter van een in Nederland gevestigd rechtspersoon, algemeen



Het buitenland ziet een in Nederland gevestigde vennootschap met een aldaar gedreven onderneming en zal geen winstbelasting heffen. Wel zal de buitenlandse fiscus willen heffen over de winstuitkeringen en vermogenswinsten. A is immers binnenlands belastingplichtige en zal over zijn wereldinkomen in de heffing worden betrokken. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor looninkomsten. Het buitenland zal ook over deze vergoedingen heffen. In deze situatie zal sprake zijn van een belastingsubject voor de OWB en zal de Nederlandse fiscus de winst belasten met OWB. Winstgenieter A zal bij uitdeling van de winst met secundaire heffing worden geconfronteerd als buitenlands belastingplichtige. Tevens zal hij worden belast voor eventuele looninkomsten, rentebaten en andere vergoedingen die hun grondslag vinden in een overeenkomst met de onderneming.
De internationale en nationale behandeling samen leveren (juridische) dubbele heffing op wat betreft de winstuitkeringen en de capital gains. Mogelijk bieden de bestaande belastingverdragen uitkomst. Bij het toepassen van deze belastingverdragen zal evenwel geen wijziging optreden ten opzichte van de bestaande situatie. Het is al eerder opgemerkt dat de oorzaak daarvan is dat rechtspersonen thans zelfstandig in de heffing worden betrokken gelijk als wordt voorgesteld met betrekking tot het voorgestelde OWB-stelsel.
De fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen wordt wel gewijzigd in het onderhavige OWB-stelsel. Dientengevolge wordt ook in deze paragraaf speciale aandacht gegeven aan de gevolgen van het grensoverschrijdend ter beschikking stellen van vermogen in de vorm van onroerend goed en vorderingen. Uitgangspunt is ook hier dat het buitenland de inkomsten uit vermogen belast met inkomstenbelasting naar een progressief tarief met een maximum van 52%.

9.5.3.1 *Ter beschikking stellen van onroerend goed*

Indien de in het buitenland woonachtige winstgenieter een onroerende zaak ter beschikking stelt aan het in Nederland gevestigde lichaam, zal het in de meeste gevallen een in Nederland gelegen onroerende zaak betreffen. Het buitenland zal A willen belasten voor de voordelen die met deze onroerende zaak worden behaald. Nederland zal daarentegen zowel OWB van de fictieve in Nederland gelegen TBS-onderneming alsmede secundaire heffing van A als buitenlands belastingplichtige willen heffen.
Het buitenland zal van mening zijn dat verdeling van de heffingsrechten plaatsvindt op grond van art. 6 OESO-Modelverdrag. Het heffingsrecht komt op grond van deze bepaling toe aan Nederland en het buitenland zal in zoverre voorkoming geven.

Bij de verdragstoepassing door Nederland is het in eerste instantie van belang om te bepalen of de fictieve TBS-onderneming eveneens een onderneming is in de zin van het verdrag. Dit is van belang voor de toepassing van art. 7 OESO-Modelverdrag dat de inkomsten uit een in Nederland gedreven onderneming aan Nederland toewijst.
Art. 7 OESO-Modelverdrag treedt ingeval een ander verdragsartikel ook toepassing kan vinden echter terug.[382] Dit betekent dat de heffingsrechten ter zake van inkomsten uit onroerend goed, ook al maken ze deel uit van de ondernemingswinst, worden verdeeld op grond van art. 6 OESO-Modelverdrag. In de onderhavige uitgangssituatie heeft Nederland als situsland derhalve het heffingsrecht. Op welke wijze Nederland dit vervolgens effectueert, is irrelevant. Gevolg is mijns inziens dat Nederland de OWB van de fictieve TBS-onderneming zal heffen.
Overigens kan Nederland zich eveneens op het standpunt stellen dat aan verdragstoepassing geheel niet wordt toegekomen. Het is een zuivere binnenlandse aangelegenheid, aangezien zowel de fiscale genieter van de inkomsten (*i.e.* de TBS-onderneming) als de gebruiksgerechtigde in Nederland zijn gevestigd. Het resultaat blijft echter gelijk; ook dan zal Nederland de OWB heffen.
Voor wat betreft het heffingsrecht ter zake van de aanvullende secundaire heffing over de winstuitkering, zal Nederland van mening zijn dat verdeling van de heffingsrechten verloopt via art. 10 OESO-Modelverdrag. In deze situatie is wel sprake van een dividend in de zin van die bepaling betaald door een company.[383] Immers, de TBS-onderneming is in Nederland een entiteit die als zodanig zelfstandig in de winstbelasting wordt betrokken. Nederland zal van mening zijn dat zij een beperkte bronheffing kan inhouden van 15%. In vergelijking met de huidige fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van onroerend goed, is sprake van een voordeel voor de belastingplichtige A. Hij ziet zich in het OWB-stelsel immers geconfronteerd met een OWB-heffing van 30% + een bronheffing van 15%. Echter, thans wordt hij belast binnen box 1 naar een toptarief van 52%.[384]
Overigens wordt dit voordeel teruggenomen indien het buitenland als voorkoming de verrekeningsmethode toepast en van mening is dat er geen belasting is geheven van A doordat de OWB wordt geheven van een fictieve onderneming. Mocht het buitenland wel de OWB willen verrekenen dan nog ontstaat de dreiging van economische dubbele heffing, aangezien het niet ondenkbaar is dat het buitenland alleen de relatief lage OWB-heffing zal verrekenen. De aanvullende (beperkte) secundaire heffing vormt dan (juridische) dubbele heffing waarvoor geen oplossing bestaat. In zoverre is sprake van een verslechtering in vergelijking met de bestaande situatie waarin een hogere box 1 heffing verrekend zal worden welke niet wordt aangevuld door een secundaire heffing.

9.5.3.2 *Ter beschikking stellen van een lening aan de in Nederland gevestigde onderneming van de rechtspersoon*

Indien het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel geen onroerende zaak betreft, maar een vordering, zal een en ander als volgt verlopen. Het buitenland zal A belasten voor zijn wereldinkomen inclusief de voordelen die hij behaalt met de vordering op zijn in Nederland gevestigde onderneming.
Nederland zal gelijk als hiervoor is gesteld bij het onroerend goed zowel OWB als secundaire heffing willen toepassen. Gelet op het in de voorgaande paragraaf verdedigde uitgangspunt dat de fictieve TBS-onderneming wordt geacht daar te zijn gevestigd waar de onderneming is gevestigd waaraan ter beschikking wordt gesteld, zal de fictieve OWB-onderneming in Nederland gelegen zijn. Dientengevolge is sprake van een OWB-belastingsubject. Vraag is of een belastingverdrag uitkomst biedt voor de aldus ontstane (juridische) dubbele heffing.

382 Lid 7 van art. 7 OESO-Modelverdrag.
383 Zie ook het laatste deel van art. 10, lid 3, OESO-Modelverdrag.
384 Het voordeel dat ontstaat als gevolg van de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel valt of staat natuurlijk met de tariefstelling van de OWB.

Het buitenland zal art. 11 OESO-Modelverdrag toepassen en zich gerechtigd zien tot het heffen over de voordelen waarbij wel rekening dient te worden gehouden met een beperkte bronheffing.
Nederland zal kunnen stellen dat de interestbetaling helemaal niet grensoverschrijdend is. Immers, bij fictie wordt een in Nederland gevestigde onderneming als crediteur aangemerkt van een vordering op een in Nederland gevestigde debiteur.
Nederland zal OWB kunnen heffen van de fictieve TBS-onderneming zonder toepassing van enig belastingverdrag aangezien het – naar Nederlandse maatstaven – een zuiver binnenlandse aangelegenheid betreft. Wat betreft de daaropvolgende secundaire heffing zal Nederland van mening zijn dat dit wel grensoverschrijdend is en dat dubbele heffing voorkomen dient te worden door middel van toepassing van het belastingverdrag. Art. 10 OESO-Modelverdrag zal dan van toepassing zijn, gelijk als in het voorgaande onderdeel is betoogd, met als gevolg dat Nederland een beperkt heffingsrecht heeft van 15%.
De eenzijdige wijziging door Nederland van de nationale wetgeving, betekent in het onderhavige geval derhalve dat Nederland heffingsrechten naar zichzelf toetrekt (en zelfs buiten de werking van een belastingverdrag plaatst) waar het oorspronkelijk geen recht op zou hebben. Immers, bij het sluiten van de belastingverdragen zijn de verdragsstaten tot overeenstemming gekomen dat Nederland, als bronland ter zake van de interest een beperkte bronheffing zou mogen ingehouden. Naar mijn mening speelt hier het risico dat deze eenzijdige wijziging van het nationale fiscale stelsel door Nederland wordt aangemerkt als ongeoorloofde treaty override. Dat betekent dat de fictie naar mijn mening niet kan doorwerken naar het verdrag en dat de voorkoming van dubbele heffing dient plaats te vinden door toepassing van art. 11 OESO-Modelverdrag. Dat betekent een beperkt heffingsrecht op grond van art. 11, lid 2, OESO-Modelverdrag. Nederland zal in de voorgestelde OWB-uitwerking derhalve 10% OWB mogen heffen en voor het overige moeten terugtreden. In zoverre is geen sprake van een wijziging van de huidige situatie waarbij de Nederlandse fiscus een bronheffing van 10% mag inhouden.

9.5.4 Conclusie ter zake van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen

Uit het voorgaande kan worden afgeleid, dat voor zover het lichamen betreft eenzijdige invoering van het OWB-stelsel nauwelijks wijzigingen met zich brengt in vergelijking tot de huidige situatie. Belangrijkste oorzaak is dat beide stelsels, zowel het huidige waar de belastingverdragen op zijn gebaseerd als het uitgewerkte OWB-stelsel, uitgaan van twee opeenvolgende belastingheffingen als gevolg van de zelfstandigheid van de winstgenerende entiteit. Eerst wordt deze entiteit (in het OWB-stelsel de onderneming en onder het huidige recht de rechtspersoon) belast met winstbelasting ter zake van de door haar behaalde winst. Vervolgens worden de achterliggende winstgenieters in de heffing betrokken ter zake van de vergoedingen die zij ontvangen.
Voor wat betreft de gewijzigde fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogen kan verdedigd worden dat ook hier nauwelijks sprake is van een wijziging én in sommige gevallen zelfs van een voordeel (*i.e.* onroerend goed). Een verslechtering doet zich mogelijk voor indien een in Nederland woonachtige winstgenieter onroerend goed ter beschikking stelt aan een buitenlandse vennootschap. Door mij is evenwel betoogd dat in dat geval verslechtering kan worden voorkomen door het eenzijdig invoeren door Nederland van een vrijstelling van de secundaire heffing.

9.6 CONCLUSIE

In het voorgaande zijn de gevolgen uiteengezet die optreden voor grensoverschrijdende ondernemingen, indien Nederland eenzijdig overgaat tot invoering van het uitgewerkte OWB-stelsel. Gekozen is voor de eenzijdige benadering omdat dit het meest realistische uitgangspunt is. Het valt niet te verwachten dat andere landen tegelijk met Nederland over zullen gaan tot invoering van een soortgelijk stelsel. Deze uiteenzetting betrof met

name de vraag of de aanvankelijk ingenomen stelling – de internationale gevolgen van het OWB-stelsel zijn voor ondernemingen met rechtspersoonlijkheid minder dan voor particuliere ondernemingen – juist is. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de voor- en nadelen van het OWB-stelsel bij grensoverschrijdend ondernemen. Tot slot wordt de vraag beantwoord of invoering van het OWB-stelsel zodanige internationale complicaties met zich brengt, dat op grond daarvan van invoering dient te worden afgezien.

9.6.1 OWB-stelsel internationaal voor rechtspersonen minder problematisch dan voor particuliere ondernemingen?

Hetgeen in de voorgaande paragraaf uiteen is gezet met betrekking tot de fiscale behandeling van winst behaald door een rechtspersoon, alsmede de uitkering van deze winst aan de achterliggende winstgenieters, onderschrijft mijns inziens de juistheid van de stelling dat invoering van het OWB-stelsel internationaal gezien voor rechtspersonen veel minder wijzigingen betekent dan voor de particuliere ondernemingen. Verdedigd is dat voor de rechtspersonen nauwelijks iets verandert, uitgezonderd de fiscale behandeling van het ter beschikking stellen van vermogen vanuit privé.

9.6.2 Voor- en nadelen van het OWB-stelsel met betrekking tot de internationale consequenties

De belangrijkste oorzaak voor de ingrijpende gevolgen voor particuliere ondernemingen is het eenzijdig verlaten door Nederland van het uitgangspunt dat particuliere ondernemingen op een fiscaal transparante wijze in de heffing worden betrokken. Hierdoor ontstaan kwalificatieverschillen in verhouding tot het buitenland, met in een aantal situaties dubbele belastingheffing tot gevolg.
Deze kwalificatieverschillen als gevolg van de invoering van het OWB-stelsel zullen in het bijzonder de toename van het aantal hybride entiteiten betreffen evenals de daaruit voorkomende allocatieverschillen.
De kwalificatieverschillen spelen bij de verdragstoepassing, onder meer met betrekking tot de vraag wie toegang heeft tot het verdrag. Verdedigd is dat de verdragstoegang openstaat voor diegene die onbeperkt belastingplichtig is. Dit kan dus ofwel de onderneming zijn (indien deze in Nederland is gevestigd en OWB-plichtig is) en in alle andere gevallen de winstgenieters.
Eenzijdige invoering van het OWB-stelsel heeft naast een mogelijke toename van het aantal kwalificatieverschillen tot gevolg dat een verzwaring van de belastingdruk dreigt in het bijzonder voor de grensoverschrijdende particuliere ondernemers. Betoogd is evenwel dat met toepassing van de bestaande belastingverdragen deze drukverzwaring in een aantal gevallen kan worden afgewend.
Voor een van de situaties waarin de bestaande voorkomingsregels echter geen uitkomst bieden – Nederlandse winstgenieter die een in het buitenland gevestigde particuliere onderneming drijft – is een eenzijdig door Nederland in te voeren oplossing geformuleerd. Deze oplossing betreft een vrijstelling met grondslagvoorbehoud voor de Nederlandse aanvullende heffing.
Daarnaast werd een verslechtering geconstateerd voor de situatie van een in het buitenland woonachtige winstgenieter die een winstuitkering of loon geniet uit een in Nederland gevestigde particuliere onderneming, terwijl het buitenland de verrekeningsmethode als voorkomingsmechanisme hanteert.
Aan de andere kant kan er ook weer een voordeel worden behaald. Namelijk het voordeel in het geval van een capital gain met betrekking tot een particuliere onderneming terwijl het buitenland de vrijstellingsmethode toepast. Er zal ter zake namelijk sprake zijn van een dubbele vrijstelling.
Voor wat betreft grensoverschrijdend ondernemen door een lichaam, is nauwelijks sprake van een verslechtering en een mogelijke drukverzwaring. Er is zelfs sprake van een voordeel indien het gaat om een Nederlandse winstgenieter die een vordering heeft op

zijn rechtspersoon in het buitenland. Ook wordt de terbeschikkingstelling van onroerend goed door een buitenlandse winstgenieter aan een Nederlandse rechtspersoon, voordeliger behandeld dan thans het geval is. Oorzaak is de beperking van de aanvullende secundaire heffing op grond van art. 10 OESO-Modelverdrag.
Samenvattend kunnen de volgende voor- en nadelen genoemd worden met betrekking tot de eenzijdige invoering van het OWB-stelsel:

- kwalificatieverschillen, in het bijzonder met betrekking tot particuliere ondernemingen;
- dreiging van (economische of juridische) dubbele heffing;
- verdwijnen van grensoverschrijdende verliescompensatie als gevolg van het objectieve OWB-belastingsubject. Hier zal in de navolgende paragraaf dieper op worden ingegaan. Voor de Nederlandse schatkist is dit echter weer een voordeel omdat het geld oplevert. Indien het verlies is behaald door een buitenlandse particuliere onderneming, kan dit verlies bijvoorbeeld niet verrekend worden met andere Nederlandse inkomensbestanddelen.

Vraag is of deze nadelen aan invoering van een OWB-stelsel in de weg staan. Om de volgende redenen is naar mijn mening verdedigbaar dat zulks niet het geval is en het OWB-stelsel ook vanuit internationale optiek bezien haalbaar is.
Ten eerste is mijn verwachting dat de impact van de problemen minder groot is dan het aanvankelijk lijkt. Ik ga er namelijk vanuit dat particuliere ondernemingen, waar de nadelen zich met name zullen manifesteren, over het algemeen minder grensoverschrijdend werken dan ondernemingen mét rechtspersoonlijkheid.
Ten tweede zijn voor de meeste problemen (drukverzwaringen en kwalificatieproblemen) oplossingen te vinden door middel van een verdragstoepassing. Bovendien levert de verdragstoepassing soms zelfs een voordeel op voor de belastingplichtige.
Ten derde, ongeacht het specifieke heffingssysteem dat de Nederlandse fiscale wetgever kiest, zullen problemen met betrekking tot de internationale inpasbaarheid altijd blijven bestaan. Dit is namelijk eigen aan het grensoverschrijdende verkeer. Iedere staat heeft zijn eigen nationale regelgeving en deze sluit nimmer naadloos aan op de fiscale wetgeving van een andere staat waardoor problemen ontstaan voor de belastingplichtige.
Indien een staat eenzijdig zijn fiscale stelsel verandert, ligt internationale dubbele heffing dan wel uitholling van de belastinggrondslag op de loer. De overige staten zullen namelijk op de oude voet doorgaan bij het belasten van grensoverschrijdende ondernemingswinsten zonder rekening te houden met de wijzigingen die eenzijdig door Nederland in zijn nationale fiscale stelsel zijn doorgevoerd. Deze dubbele heffing/voorkoming kan worden opgelost ofwel door belastingverdragen dan wel door eenzijdige regelgeving. Tot slot merk ik op dat door invoering van het OWB-stelsel, vanuit Nederlands perspectief, wel een (indirecte) internationaal niet-rechtsvormneutrale behandeling wordt opgeheven. Thans worden VPB-plichtige lichamen, gevestigd in Nederland, bij grensoverschrijdend ondernemen belast met vennootschapsbelasting en bij uitkering met een verlaagde bronheffing. Particuliere ondernemingen zijn daarentegen altijd onderworpen aan het progressieve *hoge* inkomstenbelastingtarief. Invoering van het OWB-stelsel maakt aan deze (tariefs)ongelijkheid, vanuit Nederlands perspectief, een einde.
De voor- en de nadelen op internationaal niveau afwegend kan mijns inziens worden betoogd dat de internationale gevolgen van het OWB-stelsel niet een zodanige omvang hebben dat zij invoering van een dergelijk stelsel zouden moeten verhinderen. Eigenlijk zal het in de praktijk alleen neerkomen op verzwaringen van de belastingdruk voor particuliere ondernemingen in niet-verdragssituaties van in Nederland wonende personen waarvoor tevens een eenzijdige regeling ontbreekt en voor particuliere ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd met een in het buitenland gevestigde winstgenieter welk buitenland de verrekeningsmethode hanteert.
Aan de andere kant dient wel te worden opgemerkt dat een echte verbetering van de internationale concurrentiepositie van het Nederlandse winstbelastingstelsel, door het OWB-stelsel op zichzelf niet zal worden gerealiseerd. Daarvoor zijn mijns inziens meer specifieke maatregelen noodzakelijk, zoals een verlaging van het winstbelastingtarief. Derge-

lijke maatregelen kunnen wel deel uitmaken van een concreet OWB-stelsel waarbij zij dan voor iedere onderneming ongeacht de rechtsvorm zullen gelden.

9.7 BIJZONDERE ONDERWERPEN

In het kader van de beschrijving van de gevolgen van het OWB-stelsel in grensoverschrijdende situaties, wordt in deze paragraaf enige aandacht besteed aan twee specifieke onderwerpen, te weten de verliesverrekening en de horizontale fiscale eenheid. De huidige stand van wet- en regelgeving nopen tot een dergelijke nadere beschouwing.

9.7.1 De verliesverrekening

Vooropgesteld zij het volgende. Het OWB-stelsel brengt in een aantal situaties een verslechtering van de verliesverrekeningsmogelijkheden met zich ten opzichte van de bestaande verliesverrekeningsmogelijkheden. Oorzaak is de strikte toepassing van de objectivering van het belastingsubject voor de OWB als gevolg waarvan de in het buitenland door de objectieve onderneming geleden verliezen ook daar verrekend zullen moeten worden. Er is immers geen belastingplicht in Nederland voor de OWB en dus geen ruimte voor verliesverrekening. Daarnaast kan winstgenieter A zijn buitenlandse verliezen onder de OWB niet meer verrekenen met zijn overige inkomen, terwijl hij onder het huidige recht wel de mogelijkheid heeft om zijn buitenlandse verliezen in mindering te brengen op zijn overige box 1-inkomen, alwaar hij in de heffing wordt betrokken voor zijn wereldinkomen. Evenmin kan een in Nederland gevestigde BV met een in het buitenland gevestigde vaste inrichting, de buitenlandse verliezen afzetten tegen het binnenlandse resultaat hetgeen onder het huidige recht wel mogelijk is. Oorzaak is het vervallen van de fiscale transparantie voor particuliere ondernemingen als gevolg van de objectivering van het belastingsubject voor de OWB. Als gevolg van de invoering van het Nederlandse OWB-stelsel ziet Nederland het hoofdhuis en de vaste inrichting, in beginsel, als twee zelfstandige ondernemingen. In zoverre is er dus sprake van een verslechtering in vergelijking met de huidige situatie.
Deze verslechtering is evenwel inherent aan een consequente toepassing van de objectivering van het belastingsubject alsmede in overeenstemming met het eerder al genoemde bronlandbeginsel. Hiermee wordt kort gezegd bedoeld dat de belasting daar dient te worden geheven waar de/het winst/rendement wordt gegenereerd/genoten. Een zuivere toepassing van dit beginsel zal niet alleen voor de positieve voordelen uit onderneming maar ook voor de negatieve voordelen uit onderneming dienen te gelden. Gevolg is dat de verliezen daar blijven waar ze ontstaan zijn. Buitenlandse verliezen zullen in het buitenland blijven hangen.
De onderhavige uitwerking komt overeen met de in de literatuur verdedigde mening dat Nederland met betrekking tot de buitenlandse verliezen uit dient te gaan van het territorialiteitsbeginsel. Onder meer Van Weeghel en Weber zijn voorstanders van deze leer, welke ik in het kader van de onderhavige uitwerking overneem.[385]
Samenvattend kan worden gesteld dat in het onderhavige OWB-stelsel grensoverschrijdende verliesverrekening niet is toegestaan als gevolg van het hanteren van het bronlandbeginsel.[386]

385 S. van Weeghel, 'Territorialiteit is de oplossing van veel problemen', *WFR* 2004/1517, D.M. Weber, 'VPB 2007. Een stelsel gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel: EG-aspecten en contouren', *WFR* 2004/1297.

386 Zie voor een meer uitgebreide behandeling van het fiscale-eenheidsregime als onderdeel van het OWB-stelsel hoofdstuk 8.

9.7.2 Horizontale fiscale eenheid

Onderdeel van het OWB-stelsel is de mogelijkheid tot het vormen van een zogenoemde horizontale fiscale eenheid indien twee of meer objectieve ondernemingen worden gehouden door uitsluitend dezelfde participant(en). In grensoverschrijdende situaties is het niet toegestaan om een horizontale fiscale eenheid te vormen voor zover het een niet in Nederland gevestigde onderneming betreft. Indien een BV derhalve een onderneming drijft in Nederland en tevens een vaste inrichting in het buitenland, dan is het voor de OWB niet mogelijk om deze beide ondernemingen als één belastingsubject aan te merken op grond van de horizontale fiscale-eenheidsgedachte. Deze faciliteit staat alleen open voor ondernemingen die gevestigd zijn in Nederland. Ten overvloede zij opgemerkt dat de rechtsvorm van de onderneming(en) hierbij irrelevant is en evenmin de woonplaats c.q. vestigingsplaats van de achterliggende participanten.
De vorenstaande keuze wordt ingegeven door een consequente toepassing van het objectieve uitgangspunt van de OWB alsmede een consequente toepassing van het bronlandbeginsel.

9.7.3 EU-aspecten

Een belangrijke vraag is of hetgeen hiervoor is verdedigd met betrekking tot de grensoverschrijdende verliesverrekening en fiscale-eenheidsmogelijkheden, EU-rechtelijk door de beugel kan. In de navolgende paragraaf wordt nader op deze problematiek ingegaan doch hier wordt voor deze beide bijzondere onderwerpen daar reeds kort aandacht aan besteed. Mijns inziens is het beperken van de verliesverrekening en het vormen van een (horizontale of verticale) fiscale eenheid tot in Nederland gevestigde ondernemingen, in overeenstemming met de EG-verdragvrijheden. Het territorialiteitsbeginsel biedt hiervoor naar mijn mening de basis. Ik sluit mij hier derhalve aan bij hetgeen door onder meer Van Weeghel, Wattel en Weber is verdedigd. Zij zijn allen voorstander van een winstbelastingstelsel gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel. Met het territorialiteitsbeginsel wordt, kort gesteld, bedoeld dat de staat waar het voordeel zijn oorsprong heeft, het recht heeft om daarover te heffen. Een staat zal in deze gedachte de reikwijdte van zijn winstbelasting niet oprekken naar voordelen die buiten zijn territoir zijn ontstaan.
De genoemde schrijvers, die in de literatuur wel worden aangeduid als leden van de *Amsterdamse school*[387], achten een dergelijke heffingswijze niet strijdig met de EG-verdragvrijheden omdat het Hof van Justitie EG het territorialiteitsbeginsel als zodanig heeft aanvaard in het eerder al genoemde Futura-arrest. Ik sluit mij hierbij aan temeer omdat een dergelijk uitgangspunt aansluit bij de objectieve benadering van het belastingsubject van de OWB dat door mij is verdedigd.
In de navolgende paragraaf wordt meer uitgebreid op de EU-rechtelijke aspecten van het onderhavige OWB-stelsel ingegaan.

9.8 EUROPESE INPASBAARHEID

9.8.1 Inleiding

De Europese aspecten van het onderhavige OWB-stelsel worden in deze paragraaf uiteengezet.
Een afzonderlijke behandeling van de Europese gevolgen van een fiscaal voorstel mag naar mijn mening niet (meer) ontbreken gelet op de Europese invloed op ons nationale rechtsstelsel. In het bijzonder de (negatieve) harmonisatie op het gebied van de directe

387 S. van Weeghel, 'Territorialiteit is de oplossing van veel problemen', *WFR* 2004/1517, D.M. Weber. 'VPB 2007. Een stelsel gebaseerd op het territorialiteitsbeginsel: EG-aspecten en contouren', *WFR* 2004/1297.

belastingen door middel van rechtspraak van het Hof van Justitie EG neemt steeds meer in omvang toe.[388]
Belangrijk discussiepunt voor de nationale wetgever is in hoeverre hij zich als lidstaat bij het ontwerpen van nationale belastingregels rekenschap dient te geven van de interne markt. In het bijzonder nu op dit gebied positieve harmonisatie ontbreekt. Nederland zal zich in ieder geval als EG-lidstaat dienen aan te sluiten bij de eisen van het EG-Verdrag.[389] Het honoreren van de verdragsvrijheden maakt daarvan deel uit. Het is vervolgens een andere vraag in hoeverre bij het ontwerpen van nationale belastingregels de interne markt als richtsnoer dient te worden genomen, temeer nu op dit punt geen positieve harmonisatie bestaat.
In de doctrine zijn in dit verband twee stromingen voelbaar. De aanhangers van de ene stroming stellen zich op het standpunt dat Nederland niet het braafste jongetje van de klas dient te zijn en zijn eigen lijn dient te trekken zolang harmonisatie nog niet heeft plaatsgehad.[390] De tegenstanders van dit uitgangspunt verdedigen de opvatting dat de Europese interne markt niet meer is weg te denken en dat Nederland hierop moet inspelen. Een opvatting waar ik mij bij aansluit.[391]
Belangrijke vraag is of (de systematiek van) het onderhavige OWB-stelsel verenigbaar is met de eisen van het EG-Verdrag en de overige EG-rechtelijke regels. Het EG-Verdrag verbiedt directe en indirecte discriminatie, evenals belemmeringen van de verdragsvrijheden.[392] Toetsing van de nationale wetgeving – en dus ook de in dit hoofdstuk voorgestelde uitwerking – op het terrein van de directe belastingen aan de huidige stand van het EG-recht is dus geen overbodige luxe.

9.8.2 Toetsing van het OWB-ontwerp aan de Europese regelgeving indien Nederland als enige tot invoering daarvan overgaat

Bij toetsing van de verenigbaarheid van een nationale belastingmaatregel met het Europese recht, kan het volgende door het Hof van Justitie EG uitgezette toetsingsschema, als handleiding dienen. De eerste vraag betreft de toegang tot het EG-Verdrag; is er sprake van schending van een van de verdragsvrijheden dan wel verboden discriminatie? De tweede vraag richt zich op de belemmerende werking van de maatregel. Indien zulks het geval is, zal de litigieuze nationale maatregel binnen Europa in beginsel geen bestaansrecht (meer) hebben.

388 Alhoewel positieve harmonisatie op het gebied van de directe belastingen en de winstbelasting in het bijzonder, tot op heden is uitgebleven onder meer als gevolg van de vereiste unanimiteit in de besluitvorming (art. 94 jo. art. 95, lid 2, EG-Verdrag) is de Europese invloed ook voor wat betreft de directe belastingen voelbaar. Zolang positieve harmonisatie van de directe belastingen uitblijft, kan er namelijk toch nog negatieve harmonisatie van de directe belastingen plaatsvinden. Harmonisatie wordt dan afgedwongen door toetsing van de fiscale wetgeving aan de verdragsvrijheden, aan het mededingingsrecht en aan het verbod op staatssteun. Indien een fiscale maatregel daarmee in strijd is, zal deze maatregel dienen te vervallen dan wel dienen te worden aangepast.

389 Getuige ook de inmiddels vaststaande tekst die het Hof van Justitie EG in zijn arresten opneemt: 'Om te beginnen zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat ofschoon de directe belastingen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, deze niettemin verplicht zijn die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (arresten van 11 augustus 1995, Wielockx, zaak C-80/94, *Jur.,* p. I-2493, punt 16, 16 juli 1998, ICI, zaak C-264/96, *Jur.,* p. I-4695, punt 19 en 29 april 1999, Royal Bank of Scotland, zaak C-311/97, *Jur.,* p. I-2651, punt 19)'.

390 Bijvoorbeeld W.A. Vermeend, *Financieel Dagblad,* 18 november 2002 'Team BV Nederland vooruit laat het afweten'.

391 Negatieve harmonisatie neemt in belang toe aangezien de rechtspraak van het Hof van Justitie EG op het gebied van de directe belastingen een steeds prominentere plaats inneemt. Zie onder meer het Bosal-arrest, HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01. Overigens is positieve harmonisatie mijns inziens evenwel wenselijker dan negatieve harmonisatie. Op het moment dat er positieve harmonisatie zal plaatsvinden, zullen de lidstaten immers zelf de hand hebben in de geldende maatregelen.

392 Zie art. 43 EG-Verdrag.

Met deze constatering is de kous echter nog niet af. De maatregel kan ondanks de discriminerende c.q. belemmerende werking zijn gelding behouden indien en voor zover sprake is van een rechtvaardigingsgrond, hetgeen de derde vraag betreft. De volgende drie categorieën rechtvaardigingsgronden worden over het algemeen onderscheiden[393]:
1. de geschreven uitzonderingsgronden (de Verdragsexcepties);
2. de ongeschreven rechtvaardigingsgronden (*i.e.* de Rule of reason, dwingende redenen van algemeen belang);
3. de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk gemeenschapsrecht.

De tweede categorie rechtvaardigingsgronden wordt in de praktijk het meest naar voren gebracht[394], doch de Europese rechtspraak geeft ook aan dat dergelijke rechtvaardigingsgronden zeer strikt worden toegepast.[395]
De vierde en laatste vraag richt zich, in geval van de aanwezigheid van een geldige rechtvaardigingsgrond voor de belemmerende/discriminerende maatregel, op de proportionaliteit en de geschiktheid van deze maatregel in verhouding tot het te behalen doel van algemeen belang.[396]

9.8.2.1 *Nederland gaat eenzijdig over tot aanpassing winstbelastingstelsel*
Uitgangspunt is dat Nederland ook in grensoverschrijdende situaties het OWB-stelsel consequent en generiek toepast. Dit impliceert dat Nederland geen onderscheid maakt met betrekking tot binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. De generieke insteek vormt voor mij aanleiding om te concluderen dat er in beginsel geen strijd is met de EG-verdragsvrijheden.
Deze conclusie wordt versterkt door het feit dat het voorgestelde stelsel in grote lijnen overeenstemt met het bestaande aanmerkelijkbelangregime waarvan over het algemeen wordt aangenomen dat dit in essentie niet strijdig is met Europeesrechtelijke regelingen.[397] Andere landen hebben zelfs hun directe imputatiestelsel vervangen door een vergelijkbaar stelsel (winstbelasting gevolgd door een verlaagde uitdelingsheffing), mede om een stelsel te introduceren dat in lijn is met de vereisten van de interne markt.[398]
De eventuele strijdigheid met het EG-recht van het onderhavige OWB-stelsel wordt aan de hand van een aantal concrete situaties hierna getoetst.

393 D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, proefschrift d.d. 28 mei 2003, Kluwer, Deventer 2003, p. 169.
394 Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat voor discriminerende maatregelen 'slechts' de geschreven rechtvaardigingsgronden kunnen worden ingeroepen.
395 Vergelijk bijvoorbeeld de fiscale coherentie die in het Bachmann-arrest als rechtvaardigingsgrond werd geaccepteerd. In latere rechtspraak is de reikwijdte van deze rechtvaardigingsgrond genuanceerd zoals onder meer blijkt uit de Lenz-zaak. Het moet gaan om dezelfde belastingplichtige én dezelfde belasting en voorts moet de litigieuze regeling ontworpen zijn met als doel het bewaken van de fiscale coherentie. Zie r.o. 67 in de zaak Hughes de Lasteyrie du Saillant; HvJ EG 11 maart 2004; zaak C- 9/02, *NTFR* 2004/397 en r.o.37 in de zaak Anneliese Lenz, HvJ EG 15 juli 2004; zaak C-315/02, *NTFR* 2004/1120.
396 HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, *Jur.* 1995, p. I- 4165.
397 Uitgezonderd de fictieve vervreemding bij emigratie, welke op zichzelf niet strijdig is met EG-recht maar wel in de uitvoering strijdig kan zijn. Dit naar aanleiding van de zaak Hughes de Lasteyrie du Saillant; HvJ EG 11 maart 2004; zaak C-9/02, *NTFR* 2004/397, wat later is bevestigd in de N-zaak; HvJ EG 7 september 2006, zaak C-470/04, *NTFR* 2006/1288, voor wat betreft de Nederlandse fiscale behandeling van ab-houders. In deze later gewezen N-zaak oordeelde het HvJ-EG kort gesteld dat de Nederlandse exit-heffing bij emigratie van een ab-houder slechts in beperkte mate in strijd was met het EG-recht. De strijdigheid lag besloten in het feit dat het uitstel van betaling niet automatisch werd verleend (daarvoor was een verzoek nodig en tevens zekerheidstelling), en in het feit dat geen rekening werd gehouden met waardedalingen die ontstaan na emigratie.
398 Vergelijk bijvoorbeeld Duitsland dat zijn verrekeningstelsel verruilde voor een stelsel waarbij de vennootschapswinst wordt belast met vennootschapbelasting en de uitgedeelde winst voor de helft in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken. Zie o.a. M. Brabers, 'Bespiegelingen over de vennootschapsbelasting mede in Europees perspectief', bijdrage aan de *Cnossenbundel*, aangeboden aan prof.dr. S. Cnossen ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer 2001, p. 87.

Als eerste de situatie van een Nederlandse onderneming met een buitenlands belastingplichtige winstgenieter (een in het buitenland woonachtige particuliere ondernemer met een bedrijf in Nederland of een gerechtigde tot het vermogen van een in Nederland gevestigd rechtspersoon of een buitenlandse rechtspersoon met een in Nederland gevestigde onderneming). Volgens de nationale regels wordt de winst met Nederlandse OWB getroffen. Wanneer de winst vervolgens wordt uitgekeerd, zal Nederland secundaire heffing effectueren, in weerwil van het eerder door mij verdedigde bronlandbeginsel. Nederland past evenwel dezelfde heffingssystematiek toe bij zuiver binnenlandse situaties, zodat hier in beginsel niet kan worden gesproken van een discriminerende maatregel.
De regeling kan dan nog wel een belemmering opleveren. Het is wenselijk dat de woonstaat van de winstgenieter over de winstuitkering inkomstenbelasting heft op een wijze waarbij rekening wordt gehouden met de in Nederland geheven winstbelasting, maar gelet op de eenzijdige aanpassing van het Nederlandse winstbelastingstelsel is de kans groot dat het buitenland daar geen rekening mee houdt. In het bijzonder in het geval van de particuliere ondernemingen.[399] Dit kan tot gevolg hebben dat er een verschil in totale belastingdruk ontstaat tussen zuiver nationale en grensoverschrijdende gevallen.[400] Wat uiteindelijk een belemmerende werking kan hebben op grensoverschrijdend verkeer.
Dergelijke verschillen tussen binnenlandse en buitenlandse situaties zijn mijns inziens echter nog niet in strijd met het EG-recht. Deze belemmeringen kunnen worden aangemerkt als een dispariteit, dat wil zeggen een ongelijke behandeling die voortvloeit uit het feit dat de nationale heffingsstelsels van twee lidstaten niet op elkaar aansluiten.
Het onderscheid tussen een dispariteit en een (verboden) belemmering is vaak lastig te maken. Weber noemt in dit verband als voorbeeld de zonder-onderscheidmaatregelen (*i.e.* een nationale maatregel die geen onderscheid maakt tussen interne situaties en situaties waarbij van de verdragsvrijheden gebruik wordt gemaakt[401]) en de ongemakkelijke taak om vast te stellen of een dergelijke zonder-onderscheidmaatregel strijdig is met de EG-verdragsvrijheden, dan wel dat er sprake is van een echte dispariteit.[402] Hiervoor zal de maatregel ongelijke gevallen op een zodanige wijze gelijk moeten behandelen dat er sprake is van een belemmering omdat dergelijke gevallen objectief bezien ongelijk behandeld dienen te worden.
Het feit dat het ene nationale stelsel een lage winstbelasting heft en een secundaire heffing en het andere land een hoge winstbelasting waarbij geen rekening met elkaars heffingsstelsels wordt gehouden, is mijns inziens een schoolvoorbeeld van een 'echte' dispariteit.
Het profiteren van een dispariteit veroorzaakt door de betrokken rechtsstelsels van de onderscheiden lidstaten is nu juist een doel van de interne markt. De lidstaten mogen geen maatregelen treffen om dergelijke gedragingen tegen te gaan. Dit uitgangspunt kan onder meer uit het Centros-arrest[403] worden afgeleid.[404]

Met betrekking tot de fiscale behandeling van een Nederlandse inwoner die participeert in een buitenlandse onderneming (particuliere onderneming of rechtspersoon), kan het volgende worden opgemerkt.

399 Zie hiervoor onderdeel 9.4.2.
400 Ofwel de totale belastingdruk is hoger dan in een zuiver nationale situatie het geval zou zijn, omdat het buitenland bijvoorbeeld de winst(uitkering) aan een progressieve heffing onderwerpt zonder rekening te houden met de geheven OWB, ofwel de totale belastingdruk is lager aangezien het buitenland niet heft omdat zij de winstuitkering niet zien, bijvoorbeeld in het geval van een transparante onderneming.
401 D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, proefschrift d.d. 28 mei 2003, Kluwer, Deventer 2003, voetnoot 85.
402 D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, proefschrift d.d. 28 mei 2003, Kluwer, Deventer 2003.
403 Centros-arrest, HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97.
404 D.M. Weber, *Belastingontwijking en de EG-verdragsvrijheden*, proefschrift d.d. 28 mei 2003, Kluwer, Deventer 2003, p. 202-203.

Aannemelijk is dat het buitenland een van de Nederlandse OWB afwijkende winstbelasting heft, waar het tarief van de Nederlandse secundaire heffing niet op gebaseerd is. Een inwoner van Nederland kan zodoende voor een winstuitkering afkomstig uit het buitenland geconfronteerd worden met een hogere of lagere totale belastingdruk dan in een zuivere nationale situatie het geval zou zijn geweest. Mijns inziens is hier wederom sprake van een dispariteit die als consequentie van de interne markt en het uitblijven van harmonisatie van de directe belastingen, geaccepteerd dient te worden.
Het creëren van oplossingen om gevallen met een lage totale belastingdruk tegen te gaan, is vrijwel onmogelijk omdat zij allen zullen leiden tot een verschil in behandeling van grensoverschrijdende situaties die wellicht een verboden belemmering c.q. discriminatie vormen.
In dit verband kan nog het arrest Verkooijen worden genoemd. Het HvJ EG heeft hierin geoordeeld dat de Nederlandse nationale dividendvrijstelling ook verleend diende te worden aan Nederlandse belastingplichtigen, die dividenden ontvingen afkomstig uit andere EG-landen.[405] Weigering van belastingfaciliteiten enkel en alleen omdat de voordelen afkomstig zijn uit een andere lidstaat, wordt strijdig geacht met de vrijheid van kapitaalverkeer. De lijn die het HvJ EG met Verkooijen heeft uitgezet, heeft volgens Wattel voor de lidstaten tot gevolg dat zij verplicht zijn elkaars vennootschapsbelastingen te erkennen bij de inkomstenbelastingheffing van inwoners over dividenden afkomstig uit die andere lidstaten. Dit dividend mag dus wel belast worden doch op een zelfde wijze alsof de winst, waaruit het dividend wordt betaald, in Nederland is behaald.[406] Mijns inziens wordt deze lijn nog eens bevestigd door de op 7 september 2004 gewezen Manninnen-zaak (C-319/02), *NTFR* 2004/1433, waarin het HvJ EG oordeelde dat het Finse imputatiestelsel, dat alleen een credit in de inkomstenbelasting verleende voor winsten uitgedeeld door Finse vennootschappen, in strijd was met de vrijheid van kapitaalverkeer. De door mij voorgestane indirecte imputatie van de in het buitenland geheven OWB als ware het een Nederlandse OWB geweest, stemt overeen met vorenstaande gedachte.

Tot slot wordt in dit verband nog aandacht besteed aan een specifieke maatregel van het voorgestelde stelsel en de verenigbaarheid met het EG-recht. Het gaat om de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling in verhouding tot de Moeder-dochterrichtlijn.[407] Naar mijn mening is het uitgewerkte OWB-stelsel daarmee niet in strijd. Sterker nog, het gaat zelfs verder, onder meer door particuliere ondernemingen binnen het toepassingsbereik van de deelnemingsvrijstelling te brengen. Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn is het verboden om bronbelasting te heffen op winstuitkeringen tussen verbonden lichamen. In het onderhavige OWB-stelsel wordt geen winstbelasting geheven (en dientengevolge ook geen dividendbelasting) indien de winstuitdeling plaatsvindt tussen verbonden ondernemingen ongeacht de rechtsvorm.
Afsluitend kan worden opgemerkt dat het uitgewerkte OWB-stelsel, met name door de generieke toepassing mijns inziens, geen strijd zal opleveren met de EG-verdragvrijheden. Dientengevolge zullen ook de Europese regels van het OWB-stelsel aan een nationale invoering van het OWB-stelsel niet in de weg staan.

405 HvJ EG 6 juni 2000, zaak C-35/98, *NTFR* 2000/876.
406 Zie in dezelfde lijn P.J. Wattel, 'Wederzijdse erkenning van vennootschapsbelasting, Nationale behandeling van vreemde dividenden', *NTFR* 2000/24, p. 21.
407 Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (90/435/EEG).

9.8.2.2 *Aanpassing van winstbelastingstelsel op Europees niveau*

Voor het slagen van de invoering van een OWB-stelsel zoals in dit proefschrift is voorgesteld, zal een Europese invoering van het uitgewerkte OWB-stelsel de meest ideale situatie zijn. Ondanks het sterk theoretische gehalte wil ik deze mogelijkheid hier toch kort behandelen. Mede gelet op het streven om binnen Europa toch op enig moment tot een geharmoniseerd stelsel van directe belastingen te komen.[408]

Invoering van een OWB-stelsel op Europees niveau, waarbij de geheven winstbelasting op eenzelfde wijze indirect wordt geïmputeerd met de verschuldigde inkomstenbelasting over de winstuitkering, ongeacht of het gaat om in het binnenland dan wel in het buitenland behaalde winst, zou een fundamentele wijziging betekenen van vrijwel alle belastingstelsels van de lidstaten. Ondanks de daaruit in eerste instantie te verwachten invoeringsproblemen, kan mijns inziens een harmonisatie van de Europese winstbelastingen op een wijze als in dit proefschrift is uitgewerkt, echter wel deel uitmaken van de discussie omtrent positieve harmonisatie van de winstbelasting.
Eerder pleitte ik al voor de toepassing van het bronlandbeginsel voor wat betreft de heffing van (winst)belasting, met betrekking tot grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten. Mijns inziens heeft zowel de bronstaat waar de onderneming is gevestigd, als de woonstaat waar de winstgenieter is gevestigd, recht op belastingheffing. Een gesplitst OWB-stelsel zoals in dit proefschrift is uitgewerkt, sluit daarbij aan.
Voorts zou een Europese invoering van dit stelsel mijns inziens aansluiten bij de beoogde vrije interne markt; het maakt immers niet uit waar geïnvesteerd wordt. Als gevolg van de geharmoniseerde winstbelasting zal de heffing over de winst overal gelijk zijn. Daar komt bij dat het onderhavige OWB-stelsel door de gesplitste heffing (enerzijds winstbelasting en anderzijds secundaire uitdelingheffing) mijns inziens het feit honoreert dat deze vrije interne markt wordt gevormd door een 27-tal afzonderlijke (soevereine) staten. Bij grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten zullen alle betrokken Europese landen in het onderhavige OWB-stelsel recht hebben op het heffen van belasting. In tegenstelling tot bijvoorbeeld een systeem waarbij alleen het land waar de hoofdvestiging van de onderneming is gevestigd het recht tot belastingheffing heeft.
Een invoering van een OWB-stelsel in de Europese Unie, zou geleidelijk kunnen plaatsvinden. Daar komt nog bij dat de meeste van de EU-lidstaten voor (groot)aandeelhouders al een (indirect) imputatiestelsel hebben ingevoerd waarbij eerst winstbelasting wordt geheven en vervolgens inkomstenbelasting over de uitdeling aan de achterliggende aandeelhouder, zij het dat bij deze laatste belastingheffing op enigerlei wijze rekening wordt gehouden met de eerder reeds geheven winstbelasting.

9.8.3 Conclusie

Slotsom is mijns inziens dat een winstbelastingstelsel zoals de onderhavige OWB niet in strijd komt met het Europese juridische gedachtegoed (in het bijzonder de verdragsvrijheden). Belangrijke oorzaak is de generieke insteek van het stelsel. Een per saldo hogere totale belastingdruk dan een zuiver nationale situatie wordt veroorzaakt door een verschil tussen de fiscale systemen van beide lidstaten en zal als een 'echte' dispariteit geen strijd opleveren met de EG-verdragsvrijheden.
Kortom eenzijdige Nederlandse invoering van een OWB-stelsel zal leiden tot afwijkingen met betrekking tot de winstbelastingstelsels die binnen Europa van kracht zijn, maar zal

408 Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité: 'Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen', *COM* (2003) 726 en het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de 'Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité – Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen', *COM* (2003) 726 def., (2004/C 117/10).

naar de huidige stand van de rechtspraak niet in strijd zijn met de Europeesrechtelijke verdragseisen.

9.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de internationale gevolgen zijn van het onderhavige OWB-stelsel en of het internationaal haalbaar is. Aan de hand van een aantal situatieschetsen werd aangegeven op welke wijze grensoverschrijdend ondernemen fiscaal wordt behandeld door zowel Nederland als het buitenland. Daarbij werd tevens de voorkoming van eventuele dubbele heffing besproken. De belangrijkste vraag daarbij was of het OWB-stelsel een verslechtering (of verbetering) teweegbrengt ten opzichte van grensoverschrijdend ondernemen onder het huidige winstbelastingstelsel.
Verdedigd werd dat op internationaal niveau de problemen voornamelijk spelen bij de particuliere ondernemingen. Voor de meeste daarvan zijn oplossingen geformuleerd (bijvoorbeeld het verlenen van een vrijstelling voor de secundaire heffing in Nederland bij winstuitkering).
De voor- en nadelen afwegend concludeer ik dat op internationaal niveau invoering van de OWB niet op onoverkomelijke invoeringsproblemen stuit.
Voorts is door mij beoordeeld in hoeverre vanuit Europeesrechtelijk oogpunt door de eenzijdige invoering door Nederland van de onderhavige OWB problemen ontstaan. De generieke insteek van het stelsel en de consequente toepassing van het bronlandbeginsel zijn voor mij reden om te oordelen dat er evenmin op Europees niveau invoeringsproblemen zijn.
Wel pleit ik ervoor om de discussie betreffende de winstbelasting vanuit het oogpunt van de Europese en internationale problematiek op een breder podium te voeren. Enerzijds omdat de Europese markt daartoe noopt en anderzijds omdat zich problemen voordoen die hoofdzakelijk veroorzaakt worden door de globalisering van het (bedrijfs)leven. Hiervoor zijn geen andere oplossingen te bedenken dan een internationale, denk bijvoorbeeld aan grensoverschrijdende verliesverrekening en de diverse fiscale behandelingen van vreemd en eigen vermogen. Op korte termijn valt dit evenwel niet te verwachten.
In het navolgende hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de belangrijke vraag of op nationaal niveau invoeringsperikelen zijn te onderkennen die de invoering van een OWB-stelsel zouden verhinderen.